

HANS HEINRICH RUPP

Freiheit – Organisation – Verwaltung

Herausgegeben von
ANDREAS FUNKE

Mohr Siebeck

Hans Heinrich Rupp

Freiheit – Organisation – Verwaltung



Hans Heinrich Rupp

Freiheit – Organisation – Verwaltung

Ausgewählte Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von
Andreas Funke

Mohr Siebeck

Andreas Funke ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.
orcid.org/0000-0002-8895-6802

ISBN 978-3-16-163290-7 / eISBN 978-3-16-163291-4

DOI 10.1628/978-3-16-163291-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Garamond gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

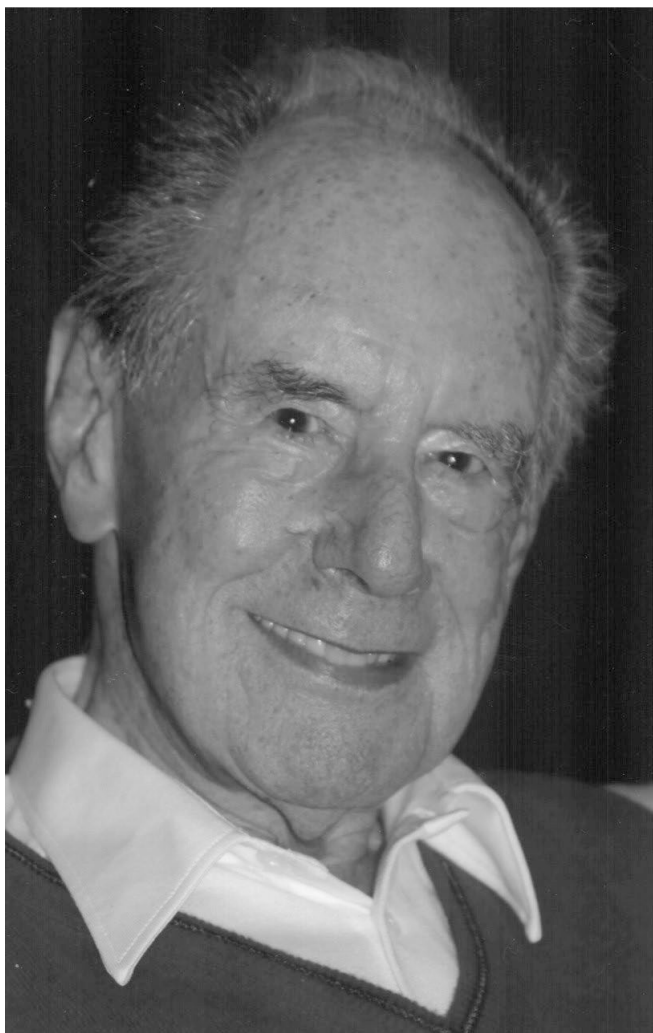
Vorwort

Im April 2020 schrieb ich einen Brief an Hans Heinrich Rupp. Darin schlug ich ihm vor, eine Auswahl seiner Schriften zu veröffentlichen. Wie ich erst später erfuhr, verstarb er gerade an dem Tag, an dem ich den Brief in die Post gab. Glücklicherweise hat seine Familie zügig und unkompliziert ihre Unterstützung des Projekts bekundet. Hierfür danke ich ihr herzlich, insbesondere Privatdozent Dr. K. Dieter Rupp.

Für die mühsame Zusammenstellung und Aufbereitung der Schriften sowie für die Erstellung der Bibliographie gebührt mein Dank den studentischen Hilfskräften meines Lehrstuhls Lara Zorn, Moritz Beck, Eveline Steiger und Markus Trost. Sie haben mit ihrem unermüdlichen Einsatz maßgeblich zum Gelingen des Projekts beigetragen.

Über die Beweggründe, die Edition in Angriff zu nehmen, gibt die Einführung näher Auskunft. Die Originale wurden im Grundsatz ohne Korrekturen übernommen, abgesehen von einigen offensichtlichen Fehlern. Im Interesse eines harmonischen Erscheinungsbildes des Bandes erfolgte eine behutsame redaktionelle Vereinheitlichung, etwa bei der Zeichensetzung in den Fußnoten und bei der Verwendung von Abkürzungen. Stilistische Eigenheiten Rupps bei der Kommasetzung wurden beibehalten, auch wenn sie nicht den Regeln entsprechen. Anmerkungen von mir sind als „Anm. d. Hrsg.“ gekennzeichnet.

Andreas Funke



Hans Heinrich Rupp
(1926–2020)
(Foto: Familie Rupp)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung: Der Staats- und Verwaltungsrechtler Hans Heinrich Rupp (<i>Andreas Funke</i>)	XI
 1. Teil: Grundrechte	 1
1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz – eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG? (1966)	3
2. Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1967)	11
3. Verfassungsrecht und Kartelle (1968)	39
4. Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes (1971)	58
5. Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang. Anmerkungen zum Aufsatz Schwabe in DÖV 1973, 623 ff. (1974) . .	69
6. Vom Wandel der Grundrechte (1976)	75
7. Grundrechte (1981)	113
8. „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte (2001)	144
9. Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz (2005)	161
10. Einteilung und Gewichtung der Grundrechte (2006)	169
 2. Teil: Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat	 193
11. Demokratie und Selbstverwaltung. Ein Diskussionsbeitrag zum Selbstverwaltungsrecht der Sozialversicherungsträger (1959)	195
12. Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG, NJW 1963, 947, 1243, 1600 (1963)	202
13. Freiheit und Partizipation (1972)	213
14. Die Bindung des Richters an das Gesetz. Zu Theorie und Praxis der Rechtsanwendung (1973)	228

15. Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts (1976)	240
16. Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen zu einem verfassungspolitischen Reformvorschlag F. A. von Hayeks (1979)	248
17. Bemerkungen zur neueren Diskussion über den bundesdeutschen Föderalismus (1984)	259
18. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (2004)	267
 3. Teil: Verwaltungsrecht	 319
19. Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge (1958)	321
20. Der Zeitpunkt der Beurteilung eines Verwaltungsaktes bei der Aufhebungsklage und Vornahmeklage. Anmerkung zu BSG, Urt. v. 28.3.1958, 6 RKa 1/58 (1959)	340
21. Verwaltungsakt und Vertragsakt. Eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystems der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts (1959)	349
22. Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme (1960)	364
23. Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen (1961)	440
24. Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im „besonderen Gewaltverhältnis“ und seine Durchsetzung – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt – (1963)	446
25. Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung (1963)	458
26. Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts. Zugleich eine Studie zum Begriff der Rechtswidrigkeit (1965)	474
27. Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht (1968)	496
28. Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit (1969)	505
29. Ministerial-Erlasse – Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive? (1970)	519
30. Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten (1970)	524
31. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung (1971)	531
32. Popularklage im Umweltschutzrecht? (1972)	544

33. Die „Verwaltungsvorschriften“ im grundgesetzlichen Normensystem. Zum Wandel einer verfassungsrechtlichen Institution (1975)	552
34. Verwaltungsrecht Allgemeine Lehren (1978)	572
35. Der verwaltungsrechtliche (Folgen-)Beseitigungsanspruch (1979) . .	584
36. Kritische Bemerkungen zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß (1982)	599
37. Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt (1984) . .	608
38. „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende (1987) . .	625
39. Unsicherheiten zum Thema des subjektiven öffentlichen Rechts (2004)	637
 4. Teil: Europarecht	 649
40. Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht (1970) . .	651
41. Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften (1978)	666
42. Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union (1990)	679
43. Europäische „Verfassung“ und demokratische Legitimation (1995)	687
 5. Teil: Persönliches	 695
44. Abschied von Tübingen und Marburg – gemeinsame Erinnerungen (2001)	697
45. Bemerkungen zur Entwicklung der deutschen Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts unmittelbar nach 1946 (2017)	708
 Drucknachweise	 715
Verzeichnis der Schriften von Hans Heinrich Rupp	719
Sachregister	737

Einführung:

Der Staats- und Verwaltungsrechtler Hans Heinrich Rupp

Andreas Funke

I.

Wissenschaft ist erbarmungslos. Der Drang nach neuen Erkenntnissen ist für sie konstitutiv, und alles, was dem Finden des Neuen nicht dient, wird aussortiert. Anders geht es nicht. Deshalb ist es das Erinnern, das der Rechtfertigung bedarf, nicht das Vergessen.¹ Selbst Werke, die den Zeitgenossen noch groß und prägend erscheinen, verblassen schnell. Gerade in der Rechtswissenschaft: Sorgt hier doch schon die Dynamik des Gegenstands, also des Rechts, dafür, dass die wissenschaftliche Produktion in der Regel nur von kurzer Haltbarkeit ist. Man liest die alten Texte einfach nicht mehr. Anders geht es nur den Klassikern. Denn diese gibt es, bei aller Flüchtigkeit der rechtswissenschaftlichen Arbeit. So manche Schrift, gelegentlich ein ganzes Oeuvre, entwickelt sich auch in der Jurisprudenz zu einem bleibenden Haltepunkt im Fluss der Diskurse. Um im Horizont des öffentlichen Rechts zu bleiben: Die Namen Paul Laband und Carl Friedrich Gerber, Hugo Preuß und Otto Gierke, Georg Jellinek und Otto Mayer, Hans Kelsen und Carl Schmitt, Gerhard Anschütz und Richard Thoma sagen uns auf die eine oder andere Weise auch heute noch etwas. Und sei es, weil man ihre Arbeiten mit Gewinn kritisieren kann.

Warum nun also Hans Heinrich Rupp? Um es auf den Punkt zu bringen: Weil viele seiner Texte es nach der Auffassung des Herausgebers nach wie vor verdienen, gelesen zu werden. *Ein* Werk, das als Klassiker gelten kann, hat Rupp unzweifelhaft ohnehin verfasst: seine Monographie „Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre“. Sie wurde als Habilitationsschrift in den Jahren 1961/1962 abgeschlossen, erschien im Jahr 1965 in erster Auflage und im Jahr 1991 in zweiter, um einen Abschnitt erweiterter Auflage. Die Schrift gilt nicht nur – neben Dietrich Jeschs „Gesetz und Verwaltung“ (1961) – als eines der prägenden Werke der neu ansetzenden Verwaltungsrechtswissenschaft der frühen Bundesrepublik,² sondern ist

¹ Siehe Nikolaus Marsch/Laura Münkler/Thomas Wischmeyer (Hrsg.), Apokryphe Schriften, Tübingen 2019.

² Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München 2012, S. 249.

bis heute eine Referenz für viele Einzelfragen der verwaltungsrechtlichen Dogmatik.³ Dies ist ohne Zweifel auch dem Umstand geschuldet, dass Rupp gerade die Grundlagen eines rechtsstaatlich-demokratischen Verwaltungsrechts zu bestimmen suchte. Die Arbeit musste eine gewisse Abstraktionshöhe einnehmen, weshalb ihre Aussagen in Distanz zum zeitbedingten Detail des positiven Rechts stehen und auch noch Jahre später auf Resonanz stoßen konnten. Aber wen der Gedankenreichtum dieser Arbeit neugierig auf die Vertiefung von Einzelfragen oder auf andere Arbeiten dieses Autors – sei es zum Staatsrecht, sei es zum Verwaltungsrecht – macht, der muss sich auf teilweise mühsame Recherchen begeben. Viele Ideen, die im thematischen Umkreis dieser Schrift angesiedelt sind, wurden nur sehr verstreut in zahlreichen Aufsätzen veröffentlicht. Diese Lücke soll mit der vorliegenden Edition geschlossen werden.

II.

Die 45 Aufsätze geben einen Überblick über das Schaffen Rups. Die äußere Aufteilung der Edition – (1) Grundrechte, (2) Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat, (3) Verwaltungsrecht, (4) Europarecht, (5) Persönliches – soll Orientierung geben und die wichtigsten thematischen Akzentuierungen des Werks widerspiegeln. Die Beiträge hängen gleichwohl innerlich eng zusammen. Der Zusammenhang muss meines Erachtens gerade in bestimmten Überzeugungen gesehen werden, die Rupp zur Bedeutung der Grundrechte für die individuelle Freiheit wie auch für die gesellschaftliche Ordnungsbildung entwickelt hatte. Aus diesem Grund stehen diese Arbeiten am Anfang der Edition.

Es wurden für die Edition sowohl die großen Archivaufsätze und Handbuchbeiträge wie auch kleinere Gelegenheitsarbeiten ausgewählt. Die Gründe für die Auswahl sind unterschiedlich. Manche Aufsätze haben sich als einflussreich in bestimmten Debatten gezeigt und wurden (bzw. werden) häufig zitiert, etwa „Vom Wandel der Grundrechte“, „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“ oder „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“. Manche durchaus grundlegende Beiträge finden sich nur an entlegenen Stellen („Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren“, „Grundrechte“). Andere, kleine Arbeiten helfen nicht nur, anhand des Details und des Beispiels die leitenden Ideen besser zu verstehen; manche Themen hat Rupp nur in der Form der situativen Gelegenheitsarbeit behandelt. Weil sich Rupp beispielsweise mit dem verwaltungsrechtlichen Organstreit, einem nicht

³ Weshalb es nicht erklärlich ist, warum sie in dem eigentlich sehr gründlichen Überblick bei *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73, fehlt.

unwichtigen Thema des Verwaltungsrechts, außerhalb der „Grundfragen“⁴ nicht im Rahmen einer systematischen Abhandlung beschäftigt hat, wurde für die Edition hierfür eine Rezension ausgewählt.⁵ Die Auswahl orientiert sich nicht in erster Linie daran, solche Arbeiten aufzunehmen, die heute (noch) Bestand haben. Es soll vor allem ermöglicht werden, Entwicklungen in den staats- und verwaltungsrechtlichen Diskussionen nachzuvollziehen, die sich in einem Zeitraum von nahezu 50 Jahren vollzogen haben. Rupp war ein sehr produktiver und breit rezipierter Staats- und Verwaltungsrechtler.⁶ Sofern er Auffassungen entwickelte, die später zur „herrschenden Meinung“ wurden, kann bei der Lektüre der Arbeiten noch einmal die argumentative Rechtfertigung jener Auffassungen nachvollzogen werden. Anderes, das nicht auf breite Zustimmung stieß, lässt sich als fruchtbare Kritik lesen.

Die Edition konzentriert sich auf das Staatsrecht und das allgemeine Verwaltungsrecht sowie das Verwaltungsprozessrecht. Die zahlreichen Arbeiten Rupp zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, zum Hochschulrecht, zum Beamtenrecht usw. wurden weitgehend ausgelassen. Wer hier Vertiefung sucht, sei auf die Bibliographie verwiesen, die mit ihren 342 Positionen die Breite des Schaffens Rupp verdeutlicht.

III.

Die genannten grundrechtstheoretischen sowie grundrechtsdogmatischen Überzeugungen Rupp können an dieser Stelle nur grob skizziert werden. Sie haben eine inhaltliche und eine methodische Seite.

1. Die inhaltliche Seite betrifft das Verständnis der Grundrechte. Rupp legt dabei den Schwerpunkt auf die Freiheitsrechte, ohne Gleichheitsrechte auszublenken.⁷ Freiheitsrechte haben für Rupp eine doppelte Funktion. Sie begründen zum einen einen Status, der mit Abwehransprüchen bewehrt ist, zum ande-

⁴ Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl., Tübingen 1991, S. 99f.

⁵ Siehe in diesem Band „Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten“, S. 524. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch Rupp's hartnäckiges Verfolgen eines langjährigen Verfahrens, in dem die Staatsanwaltschaft gegen den Bundesminister der Finanzen auf Benennung eines Informanten klagte, siehe die Anmerkungen in JZ 1958, S. 756; JZ 1960, S. 66f.; JZ 1966, S. 34f.

⁶ Merkwürdig ist nur, dass Rupp, abgesehen von einer Rezension, bei aller Breite seiner Publikationen in der angesehenen Archivzeitschrift „Der Staat“ nicht veröffentlichte. Das kann Zufall sein, hängt aber vielleicht doch mit einer gewissen inhaltlichen Distanz gegenüber diesem aus der Carl-Schmitt-Schule kommenden Organ ab. Schmitt spielt für Rupp in theoretischer Hinsicht jedenfalls keine erkennbare Rolle.

⁷ Aber auch die Gleichheitsrechte: Hans Heinrich Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 1976, S. 364.

ren sind sie objektive Prinzipien. Die Abwehrfunktion wirkt unmittelbar allerdings nur gegenüber dem Gesetzgeber, verstanden als Freiheit von verfassungswidrigem Zwang.⁸ Im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung wirken die Grundrechte in Vermittlung über das Verwaltungsgesetz. Hierbei nimmt Rupp keine besondere Originalität in Anspruch, sondern versucht, die Statuslehre Georg Jellineks⁹ konsequent auf das Verwaltungsrecht anzuwenden. Das objektive Prinzip der Gesetzmäßigkeit soll so interpretiert werden, dass es die Grundlage von Rechten und Pflichten im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung darstellt.¹⁰ Der *status* des Einzelnen gegenüber der Verwaltung besteht in der Freiheit von ungesetzlichem Zwang. Die Grundrechte wirken insofern nur mittelbar, nämlich in erster Linie als Prinzipien, die die Auslegung des Verwaltungsgesetzes leiten.¹¹

Als objektive Prinzipien verbürgen die Grundrechte nach Rupp bestimmte soziale Lebensbereiche – Institutionen also. Die Überlegungen setzen schon in den 1960er Jahren ein.¹² Die institutionelle Grundrechtsauffassung Peter Häberles scheint dabei ein wichtiger Einfluss gewesen zu sein, aber keineswegs der einzige. So verweist Rupp auf das angelsächsische Grundrechtsverständnis,¹³ womit er insbesondere die häufiger von ihm in Bezug genommene Freiheitskonzeption John Lockes meint. Eine institutionelle Deutung ist keineswegs nur bei der Eigentumsgarantie oder der Freiheit von Forschung und Lehre naheliegend, sondern für jedes Freiheitsrecht: Grundrechte sind, wie es in dem wichtigen Aufsatz „Zum Wandel der Grundrechte“ heißt, nicht „verstreute Individualreservate“,¹⁴ sondern „freiheitlich geordnete Teilsysteme, Normenkom-

⁸ Vgl. in diesem Band „Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang“, S. 71.

⁹ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen 1905.

¹⁰ Rupp, *Grundfragen* (Fn. 4), S. 112. Eingehend zur verwaltungsrechtlichen Konzeption Rupps Andreas Funke, *Ein Außenseiter, mittendrin*, in: Carsten Kremer (Hrsg.), *Die Verwaltungswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977)*, Tübingen 2017, S. 305.

¹¹ Vgl. Rupp, *Grundfragen* (Fn. 4), S. 264 ff., 272. Klarstellend „Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang“, in diesem Band, S. 70. Ähnlich die Konzeption einer „norminternen“ Wirkung der Grundrechte, siehe Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz*, Stand: Sept. 2022, Art. 19 Abs. 4 Rn. 123; im Ergebnis auch Thomas Groß, *Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs*, DV 43 (2010), S. 349 (352 f.).

¹² Siehe in diesem Band „Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, S. 11. Weiter Hans Heinrich Rupp, *Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Nürnberg 1966*, Band I, Teil 3 A, München Berlin 1966, S. 165 (185 ff.), u. a. in Anknüpfung an Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962.

¹³ In diesem Band „Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, S. 22.

¹⁴ In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 86. Die Wendung verwendete Rupp häufiger, siehe etwa in diesem Band „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 56. Die grundrechts-

plexe, die als institutionelle Grundelemente und Bausteine den Makro-Organismus der objektiven Gesamtrechtsordnung zu einer Verfassung der Freiheit werden lassen“.¹⁵ Grundrechte werden damit zu „Organisationsmaximen“.¹⁶

Was das heißt, lässt sich anhand des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft veranschaulichen. Die Rolle des Staates bei der Steuerung der Wirtschaft beurteilt Rupp aus der institutionalistischen Perspektive. Das Kartellrecht, bis heute von der Wissenschaft des öffentlichen Rechts vernachlässigt, sucht er früh verfassungsrechtlich an- und einzubinden.¹⁷ Wirtschaftlichen Wettbewerb deutet Rupp als eine Einrichtung, die ihren Bestand bestimmten gesellschaftlichen Funktionen verdankt, die sie für die freiheitliche Gesellschaft erfüllt. Wettbewerbsbeschränkende Abreden sind hingegen gar nicht freiheitsrechtlich geschützt; ihre Zulassung bedarf „einer besonderen Gemeinwohlbegründung“.¹⁸ In der kleinen Monographie „Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung“ (1974), die wegen ihres Umfangs nicht mit in diese Edition aufgenommen wurde, überschreitet Rupp einmal mehr den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ausgangspunkt dieser Überlegungen: „Allein aus der Sicht des Individuums und des einklagbaren Schutzes seiner personalen Freiheit lässt sich noch kein Ordnungssystem gewinnen, dass nicht nur die Freiheit aller in ein operationales Konzept bringt, sondern die Voraussetzungen dafür bietet, dass sich die Summe aller Freiheiten auch entfalten kann, und zwar zum Wohl des ganzen Gemeinwesens.“¹⁹ Die – normativ gesehen: individuelle – Freiheit stiftet also in der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Interdependenz, in der der Mitbürger nicht mehr „potentieller Grundrechtsfeind“, sondern „Nutznießer der Freiheit des anderen“ ist.²⁰ Diese Gegenseitigkeit lässt sich als soziale Ordnung erfassen, die ihrerseits bzw. als solche nicht mehr auf individuelle Positionen reduziert werden kann. Dass sich aus dieser Perspektive nicht messerscharfe Konklusionen ziehen lassen, dürfte gerade Rupp, der stets die Fehlbarkeit juristischer Urteile hervorgehoben hat, klar gewesen sein. Wenn er also im Falle der unternehmerischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft meint, diese Mitbestimmung komme einer Sozialisierung gleich, die nur unter den Voraussetzungen des Art. 15 GG, nicht aber Art. 14 Abs. 1, 2 GG

theoretischen Erwägungen Rupp wurden etwa bei *Ulrich K. Preuß*, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Frankfurt am Main 1979, aufgegriffen. Parallelen finden sich in der Vorstellung inpersonalen Grundrechte bei *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes (1975), in: Helmut Ridder, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Dieter Deiseroth/Helmut Ridder/Peter Derleder/Christoph Koch/Frank-Walter Steinmeier, Baden-Baden 2010, S. 7 (105 ff.).

¹⁵ In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 85.

¹⁶ Siehe in diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, Überschrift S. 99.

¹⁷ Siehe in diesem Band „Verfassung und Kartelle“, S. 39.

¹⁸ In diesem Band, „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 57.

¹⁹ *Hans Heinrich Rupp*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, Tübingen 1974, S. 10.

²⁰ *Rupp*, Grundgesetz (Fn. 19), S. 15.

zulässig sei,²¹ dann handelt es sich nicht nur um eine juristische Interpretation des Art. 15 GG als Sozialisierungsverbot. Rupp betrachtet das Unternehmen allein unter dem Gesichtspunkt der unternehmerischen Freiheit der Anteilseigner, und blendet aus, dass diese Freiheit mit der Arbeitnehmerseite verwoben ist, die eine Arbeitsleistung erbringt.²² Seine Grundrechtstheorie hätte es möglich gemacht, diesem Aspekt mehr Geltung zu verschaffen. Dass Rupp dies nicht getan hat, lässt vielleicht eine gewisse liberalistische Grundhaltung erkennen, die sich juristisch nicht mehr einfangen lässt. Das Problem hat Rupp weiter beschäftigt und er hat sich bemüht, es in den größeren Kontext einer grundrechtlichen Durchdringung der Binnenorganisation privater Vereinigungen zu stellen.²³

Im gesellschaftlichen Wettbewerb wird also Ordnung durch Freiheit hergestellt. Die Parallelen zu ordoliberalen Wirtschaftsmodellen liegen auf der Hand, und Rupp ist sich dessen bewusst. „Der Mensch ist nicht nur homo politicus, sondern auch homo oeconomicus.“²⁴ Doch erweitert er das Modell vorsichtig über den Bereich der Wirtschaft hinaus: Aus der institutionalistischen Sicht auf die Grundrechte ergeben sich Konsequenzen für die Betrachtung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft im Allgemeinen. Auf die „spontane Ordnung“ – das klassische Modell Friedrich Hayeks – kommt Rupp regelmäßig zurück; er sieht das Modell als übergreifend an. Gesellschaftliche Ordnungsbildung vollzieht sich zwar in Freiheit, ist aber keine reine gesellschaftliche Veranstaltung, sondern wird gerade durch die staatliche Verfassung bewirkt.²⁵ Dabei ist der Staat nicht etwa ein „Gegenüber“ der Gesellschaft, sondern ein bestimmter Funktionsbereich menschlichen Handelns, der durch Rollendifferenzierung erklärbar ist.²⁶ Statt aber in den Zwang zu verfallen, die eine Grundrechtsfunktion zu Lasten der anderen zu priorisieren,²⁷ möchte Rupp dem Gesetzgeber die entsprechende Gestaltung überlassen.²⁸ Auch das selten vertieft behandelte Problem der Grundrechtsverwirkung beurteilt Rupp aus

²¹ Rupp, Grundgesetz (Fn. 19), S. 22 ff.

²² So mit einiger Berechtigung BVerfGE 50, 290 (349).

²³ In diesem Band: „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 104 ff.; weiter *Hans Heinrich Rupp*, Zur organisations- und verfahrensnormierenden Kraft der Grundrechte, in: Herbert Schambeck/Klaus Stern/Hans-Detlef Horn (Hrsg.), *Recht im Pluralismus*, Berlin 2016, S. 307.

²⁴ In diesem Band „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 46.

²⁵ In diesem Band „Freiheit und Partizipation“, S. 221 ff.; „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“, S. 290 ff.

²⁶ „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“, S. 279.

²⁷ So ist in der institutionellen Grundrechtskonzeption bei *Henning Zwierner*, Die politische Treuepflicht des Beamten (1956), Baden-Baden 1987, S. 181 ff., die individuelle Abwehrfunktion nur noch eine Folge des grundrechtlichen Schutzes von Institutionen, der umgekehrte Ansatz bei *Jan Henrik Klement*, Wettbewerbsfreiheit. Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, Tübingen 2015.

²⁸ In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 87; im europäischen Kontext in diesem Band „Die Grundrechte und das europäische Gemeinschaftsrecht“, S. 660 f.

der objektiv-rechtlichen Perspektive.²⁹ Da die Grundrechte das einfache Recht durchdringen, bleibt nach seiner Analyse eine konkret verhängte Grundrechtsverwirkung weitgehend folgenlos, solange nicht der – kraft des objektiv-rechtlich geltenden Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung notwendig einzuschaltende – Gesetzgeber ein Sonderrechtsregime geschaffen hat. Letztlich belässt Rupp das Verhältnis von individueller und institutioneller Betrachtung in seinen Arbeiten in der Schwebe – vielleicht sieht er hier eine Dialektik am Werk, die sich nicht aufheben lässt.

Rein staatsorganisationsrechtlichen Fragen hat Rupp im Vergleich zu den Grundrechten weniger Aufmerksamkeit zuteil werden lassen. Die Demokratie erschließt Rupp vornehmlich aus organisationsrechtlicher Perspektive, wie schon die Dissertation zur funktionalen Selbstverwaltung zeigt.³⁰ Auch für das Staatsorganisationsrecht mobilisiert Rupp den Wettbewerbsgedanken. Originell sind in diesem Zusammenhang etwa seine Überlegungen zu einem Umbau des Parlaments, die von Hayek inspiriert sind.³¹ Ähnliches gilt für seine Deutungen des Bundesstaatsprinzips und dessen Verfassungspraxis.³² Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts würdigt Rupp auch – vergleichsweise früh – unter dem Aspekt des Stils.³³

2. Die methodische Seite der grundrechtsdogmatischen Überzeugungen Rupp's wird getragen von einer spezifisch wirklichkeitsbezogenen Betrachtung. Die Überlegungen zum Anteilseigentum haben dies schon erkennen lassen. Am ausführlichsten sind hierzu die systematischen Darlegungen in dem schon erwähnten Aufsatz zum „Wandel der Grundrechte“. Rupp nimmt einen „Bedingungszusammenhang“ zwischen Norm und Wirklichkeit an, der sich dem Anspruch des Rechts verdankt, menschliches Verhalten zu steuern. Freiheits-sicherung, die den Sinn der Grundrechte ausmacht, stellt sich dementsprechend, nimmt man die von ihnen geordneten Lebensbereich in den Blick, als ein „Organisationsproblem“ dar.³⁴ Grundrechte sind dementsprechend, wie schon erwähnt, Organisationsmaximen. Es kann vermutet werden, dass sich nicht nur die institutionalistische Grundrechtsauffassung, sondern durchaus auch die auf

²⁹ Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zur Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), in: Hans Hablitzel/Michael Wollenschläger (Hrsg.), Recht und Staat, Bd. 2, Berlin 1972, S. 653.

³⁰ Hans Heinrich Rupp, Die ärztlichen Berufskörperschaften, Diss. 1953; siehe zudem in diesem Band „Demokratie und Selbstverwaltung“, S. 195; weiter „Freiheit und Partizipation“, S. 216 ff.

³¹ In diesem Band „Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht“, S. 213.

³² In diesem Band „Bemerkungen zur neueren Diskussion über den bundesdeutschen Föderalismus“, S. 248.

³³ In diesem Band „Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts“, S. 240. Siehe dazu etwa Oliver Lepsius, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff.

³⁴ In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 78.

Jellinek stützende Deutung des Abwehrstatus einer solchen „realistischen“ Betrachtung verdankt: Denn das gesetzliche Eingriffsverbot für die Verwaltung konstituiert nun einmal gerade faktisch jenen Freiheitsraum, dessen Bestehen mit dem Begriff des Status abgedeckt bzw. erfasst wird.

Die Verknüpfung des Steuerungsanspruchs des Rechts mit einer wirklichkeitsbezogenen Betrachtung setzt sich im Übrigen fort bis in das verwaltungsrechtliche Detail, etwa wenn Rupp die Frage des Zeitpunktes für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts daran festmacht, dass der Akt als raum-zeitliches Ereignis nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (wobei diese Aussage zugleich geprägt ist durch ein rechtsstaatliches Verständnis der Funktion von Handlungsnormen).³⁵

In methodischer Hinsicht bedürfen ansonsten zwei Konstanten im Werk Rupperts der Erwähnung. Zum einen ist dies die historische Kontextualisierung, die Rupp immer wieder einsetzt, auch als stilistisches Mittel. Sie leitet viele Arbeiten ein und bestimmt den Kerngedanken der „Grundfragen“. Sicherlich war der von Rupp als „Freund und Vorkämpfer“³⁶ gewürdigte Dietrich Jesch mit seiner auch historisch ansetzenden Arbeit zum Gesetzesvorbehalt ein Vorbild,³⁷ aber er war nicht das einzige.³⁸ Leitend ist für Rupp die Frage, inwiefern die Interpretation der vom Grundgesetz aufgenommenen verfassungsrechtlichen Prinzipien noch durch die monarchische Verfassungsstruktur des 19. Jahrhunderts geprägt ist. Nur wenn hierüber Klarheit besteht, ist es möglich, diese Prinzipien als Elemente der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsstruktur des Grundgesetzes richtig zu erfassen. Bei aller emphatischen Bejahung des Grundgesetzes sind Rupp, Jesch und andere dabei keine Verfassungspositivisten. Was Rechtsstaat, Demokratie und Republik bedeuten, kann nicht einfach aus dem Grundgesetz abgelesen werden. Aus ihrer Perspektive fügt sich das Grundgesetz in die Tradition des politischen Liberalismus ein, und deshalb muss es unter Rückgriff auf diese Ideenwelt interpretiert werden.

Die andere methodologische Konstante Rupperts ist eine unbefangene und undogmatische Orientierung am Normativismus der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens und Adolf Merkl's. Für die damalige Zeit war dies durchaus bemerkenswert, weil die Reine Rechtslehre als formalistischer Rechtspositivismus verrufen war.³⁹ Dabei ist Rupp kein dogmatischer Kelsenianer. Manche Aspekte der

³⁵ In diesem Band „Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts“, S. 479.

³⁶ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 11.

³⁷ Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 2. Aufl., Tübingen 1968; hierzu Ino Augsberg, Demokratische Aufklärung, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), Tübingen 2017, S. 287.

³⁸ Siehe die Nachweise in Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 1.

³⁹ Vgl. Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, Tübingen 2013.

Reinen Rechtslehre fundieren den Gedankengang maßgeblich.⁴⁰ Andere hat er scharf kritisiert. Nicht nur auf strukturelle Analyse, sondern auf wertungsbezogene Differenzierungen kommt es etwa für die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt an.⁴¹ In seiner autobiographischen Selbstreflexion betont Rupp den Einfluss Kelsens noch einmal.⁴² Auch insofern macht sich also eine gewisse dialektische Herangehensweise bemerkbar. Rupp liest die Reine Rechtslehre als konsequente Theorie der rechtsstaatlichen Legalität: Auch die Verwaltung kann nur rein rechtlich begriffen werden; sie ist (im Verhältnis zum Bürger) „nur als Rechtsfunktion denkbar“.⁴³ Dies führt ihn insbesondere zur Annahme eines umfassenden Gesetzesvorbehalts und zur Ablehnung der herrschenden Auffassung des Verwaltungsermessens. Im Gegensatz zu Kelsen und Merkl verwirft Rupp aber den Gedanken, es bestehe zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung kein kategorialer, sondern nur ein gradueller Unterschied. Diese Distanz hat zunächst Folgen für das rechtstheoretische Problem des Verständnisses richterlicher Gesetzesbindung, und sie macht sich im Verwaltungsrecht an verschiedenen Stellen bemerkbar. Die Eigenheiten richterlicher Rechtsanwendung bestimmt Rupp nicht entlang der Kelsen-Merklschen Differenzierung von Rechtserzeugung und Rechtserkenntnis, sondern auf andere Weise. Er sucht einen Weg, der weder die überspitzten Anforderungen eines richterlichen „Subsumtionsautomaten“ aufstellt, noch die radikalen Auffassungen der sog. Freirechtsschule vertritt. Die nicht stark ausgearbeiteten Überlegungen Rupp skizzieren – unter anderem in Anknüpfung an Theodor Viehweg – ein „teleologisch-topisch orientiertes Erkenntnisverfahren“⁴⁴, das eine willenhafte Rechtserzeugung durch den Richter ablehnt, aber für die damit verbundenen Anforderungen an das juristische Urteilsvermögen auch die richterliche Verantwortung einbezieht.⁴⁵ Für die Verwaltung gilt im Grundsatz nichts anderes, weshalb es durch „Ermessen“ oder „unbestimmte Rechtsbegriffe“ eröffnete Spielräume nicht gibt. Denn damit würde für die Verwaltung gerade jener Spielraum eröffnet werden, der ihr nach den normativistischen, rechtsstaatlich begründeten Prämissen gar nicht zustehen *darf* (näher unter IV). Bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle kommt es dementsprechend wiederum, ja gerade im besonderen Maße, auf die richterliche Verantwortung (Rupp spricht sogar von „Takt“⁴⁶)

⁴⁰ Bis hin zur Grundnorm, siehe in diesem Band „Europäische ‚Verfassung‘ und demokratische Legitimation“, S. 691.

⁴¹ Siehe in diesem Band „Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts“, S. 206.

⁴² Siehe in diesem Band „Bemerkungen zur Entwicklung der deutschen Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts unmittelbar nach 1946“, S. 710, 711.

⁴³ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 209.

⁴⁴ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 194.

⁴⁵ Beginnend mit Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 184 ff. Weiter insbesondere in diesem Band „Die Bindung des Richters an das Gesetz“, S. 237 f.

⁴⁶ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 220. Es handelt sich um eine Variante dessen, was gegen-

an.⁴⁷ Beispielsweise muss sich der Verwaltungsrichter in Prüfungsangelegenheiten bewusst sein, dass er im Gericht die Prüfungssituation nicht rekonstruieren kann. Dass Rupp die Stufenbaulehre der Reinen Rechtslehre verinnerlicht hat, zeigt sich auch an seinem Zugang zu den komplizierten Rechtsfragen, die die Einordnung des Europäischen Gemeinschaftsrechts betreffen. Er weist darauf hin, dass denjenigen Normen der europäischen Verträge, die die Geltung und Verbindlichkeit europäischer Sekundärrechtsakte betreffen, keine Aussagen über die derogatorische Kraft dieser Akte entnommen werden können.⁴⁸ Hierfür wären weitere Vorschriften erforderlich, die sich den Verträgen aber gerade nicht finden.

IV.

Die Freiheit des Einzelnen im Verhältnis zur Verwaltung beurteilt Rupp mit differenzierten Erwägungen. Rupp unterscheidet dabei den freiheitlichen Status des Einzelnen von der rechtlichen Reaktion auf die Verletzung des Status. Erst diese Verletzung löst Ansprüche aus, genauer einen Beseitigungsanspruch, der auch über einen Unterlassungsanspruch abgesichert werden kann.⁴⁹ Mit dieser – umstrittenen⁵⁰ – Konzeption sind eine Reihe von Einzelfragen verbunden, die Rupp immer wieder aufgreift. Wichtig ist vor allem, worin genau die Verletzung des Status besteht: nämlich der Verletzung einer Rechtspflicht. Die Rechtspflicht bildet gewissermaßen das Urelement der Ruppischen Rechtstheorie.⁵¹ Von hier aus beantwortet sich beispielsweise die Frage, anhand welchen Zeitpunkts die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zu beurteilen ist.⁵² Ein

wärtig als *virtue jurisprudence* eine Renaissance erfährt, vgl. den Überblick bei *Claudio Michelon*, Legal Reasoning (Virtues), in: M. N. S. Sellers/Stephan Kirste (Hrsg.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (online), Dordrecht <https://link.springer.com/referencework/10.1007/978-94-007-6730-0> (letzter Abruf: 27.2.2024).

⁴⁷ Siehe etwa in diesem Band „Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit“, S. 517.

⁴⁸ In diesem Band „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 670.

⁴⁹ Siehe in diesem Band „Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt“, S. 333 ff.; „Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen“, S. 444.

⁵⁰ Der Streit betrifft die Terminologie und die Sache (Überblick über die Diskussion bei *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1. Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband, München 1988, S. 426 ff., 518 f.). Die extreme Gegenposition führt zu einer Auflösung der materiell-rechtlichen Betrachtung in den verwaltungsprozessualen Klagen, so *Johannes Buchheim*, *Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2017, kritisch dazu *Andreas Funke*, *Ansprüche und Klagen im Verwaltungsrecht*, DV 52 (2019), S. 239.

⁵¹ *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), S. 226.

⁵² Dazu in diesem Band „Der Zeitpunkt der Beurteilung eines Verwaltungsaktes bei der Aufhebungsklage und Vornahmeklage“, S. 340; „Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts“, S. 474.

schwieriges Problem ist, welchen Rechtsgrund der Beseitigungsanspruch hat. Rupp hat dafür in den „Grundfragen“ etwas notgedrungen darauf (als Indiz) abgestellt, dass das geltende Prozessrecht die Anfechtungsklage einräumt⁵³ (später auf § 113 Abs. 1 VwGO zurückgegriffen⁵⁴) und daran lange festgehalten, später erweitert zu einem ungeschriebenen Grundrecht, unter ergänzendem Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.⁵⁵

Den reaktionsrechtlichen Ansprüchen stellt Rupp eine zweite Kategorie des subjektiven öffentlichen Rechts zur Seite, nämlich schlichte Ansprüche auf Gesetzeserfüllung.⁵⁶ Solche Ansprüche haben eine ganz andere Struktur als die Reaktionsansprüche. Sie entstehen nicht erst aus der Verletzung eines Status, sondern bestehen unmittelbar kraft einer Rechtsnorm.

Dieses rechtsanalytische Instrumentarium erweist sich bei der Durchdringung des Verwaltungsrechts als überaus fruchtbar. Dabei interpretiert Rupp den Vorbehalt des Gesetzes nicht nur als rechtsstaatlich-liberalen Grundsatz im Sinne der insofern bewahrenswerten rechtsstaatlichen Tradition des 19. Jahrhunderts, sondern auch im Sinne demokratischer Legitimation:⁵⁷ Ohne Gesetz darf die Verwaltung weder eingreifend noch leistend tätig werden. Es ist die Freiheitsgefährdung auch im Leistungsbereich, die eine gesetzliche Grundlage erforderlich macht,⁵⁸ und dies selbst für das Handeln der Verwaltung durch Vertrag.⁵⁹

Trotz – oder gerade wegen – des Rückgriffs auf prozessuale Normen zur Bestimmung der materiell-rechtlichen Stellung des Einzelnen legt Rupp großen Wert darauf, diese Stellung von den prozessualen Zugangsvoraussetzungen zu unterscheiden. Dies gilt v. a. für seine Kritik daran, unter dem Aspekt der „Klagebefugnis“ materiell-rechtliche Fragen in prozessualer Verklammerung zu bearbeiten. Dass Rupp sich dieser Unterscheidung bewusst ist, hat zur Folge, dass er in der Lage ist, überhaupt die Konturen des Verwaltungsprozessrechts klar zu sehen bzw. sich darum zu bemühen.⁶⁰ Er hat aber auch keinerlei Schwierigkeiten, Beanstandungsklagen, so wie sie etwa für das Umweltrecht bedeutsam sein könnten, in sein System zu integrieren.⁶¹

Ein weiteres von Rupp immer wieder aufgegriffenes Thema sind die Spielräume der Verwaltung. Sie interessieren Rupp zum einen unter dem Aspekt der

⁵³ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 174.

⁵⁴ Siehe etwa in diesem Band „Der verwaltungsrechtliche (Folgen-)Beseitigungsanspruch“, S. 591.

⁵⁵ Siehe in diesem Band „Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz“, S. 165 ff.

⁵⁶ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 262 ff.

⁵⁷ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 135, 140; in diesem Band „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 534 f.; „Verwaltungsrecht Allgemeine Lehren“, S. 575 f.

⁵⁸ Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 142.

⁵⁹ Dazu in diesem Band „Verwaltungsakt und Vertragsakt“, S. 358.

⁶⁰ Siehe in diesem Band insbesondere „Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung“, S. 413 ff.

⁶¹ Dazu in diesem Band „Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes“, S. 62, und „Popularklage im Umweltschutzrecht“, S. 548 ff.

Rechtsetzung durch Verwaltungseinheiten (Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschriften). Hier stellt er strikt auf die Unterscheidung von Innen- und Außenrecht ab⁶² und ist wiederum bemüht, im Außenverhältnis die Verwaltung strikt parlamentarisch einzubinden.⁶³ Hier kritisiert Rupp zunehmend Tendenzen der Verselbstständigung der Verwaltung, denen er das Demokratieprinzip entgegensetzt.⁶⁴ Es komme darauf an, die „anspruchsvolle Strategie einer systemimmanenten Ausschöpfung und Aktivierung des demokratischen Potentials ins Werk zu setzen“.⁶⁵ Dies gilt auch für die Idee der Selbstverwaltung.⁶⁶ Aber der Ton der Schriften wird in diesem Zusammenhang mit den Jahren zunehmend skeptischer und mahnender. Der andere Aspekt der Spielräume der Verwaltung ist die Deutung des Ermessens, das der Verwaltung bei der Einzelfallentscheidung zusteht.⁶⁷ Dabei ist für Rupp schon die Berechtigung des Begriffs des Ermessens zweifelhaft; er sah diesen Begriff – rückblickend sicherlich zu Unrecht – im Schwinden. Rupp lehnt es ab, der Verwaltung irgendeinen Raum zuzugestehen, der frei von Rechtsbindung ist. Das hört sich höchst – und viele würden sagen: zu – anspruchsvoll an, ist es aber nicht. Denn keineswegs fordert Rupp (aus der Perspektive des Gesetzesvorbehalts) eine in jeder Hinsicht determinierende, dichte Normierung.⁶⁸ Eingängig ist der Vergleich mit der privatrechtlichen Kündigung:⁶⁹ Sie ist einerseits materiell-rechtlich klar bestimmt (Kündigungsvoraussetzungen), aber andererseits wird damit eine Handlungsmöglichkeit des Kündigungsberechtigten begründet, die ihrerseits vom BGB *nicht* beschränkt wird. Dies muss dann auch für das Verwaltungsrecht gelten.

V.

Die Edition wird – abgesehen von den persönlich gehaltenen Beiträgen – mit einigen Aufsätzen Rupps zum Europarecht – damals: Recht der Europäischen Gemeinschaften – abgeschlossen. Er hat sich v.a. mit Blick auf dessen wirt-

⁶² Grundlegend: Rupp, Grundfragen (Fn. 4), 15 ff.

⁶³ Hierzu in diesem Band etwa „Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen“, S. 498; „Ministerial-Erlasse – Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive“, S. 521; „Die ‚Verwaltungsvorschriften‘ im grundgesetzlichen Normensystem“, S. 569.

⁶⁴ Siehe in diesem Band „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 537 ff.; weiter das Vorwort zur 2. Auflage der „Grundfragen“.

⁶⁵ „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 537.

⁶⁶ In diesem Band, „Demokratie und Selbstverwaltung“, S. 200.

⁶⁷ Dazu in diesem Band „Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit“, S. 505; „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende“, S. 625.

⁶⁸ Zur Interpretation der Auffassung Rupps in diesem Zusammenhang näher Stephan Meyer, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“?, VerwArch 101 (2010), S. 351 (359).

⁶⁹ In diesem Band, „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende“, S. 632.

schaftsverwaltungsrechtliche Dimension früh zugewandt, früh auch mit Blick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung. Für die Solange-Rechtsprechung des BVerfG hatte Rupp wenig Verständnis: Sie „lässt sich ... nur schwer mit juristischen Maßstäben messen.“⁷⁰ Dass ihn die Frage der Grundrechtsbindung der Europäischen Gemeinschaften besonders interessierte, nimmt angesichts seiner starken grundrechtlichen Prägung (siehe unter II) nicht Wunder. Auch in diesem Zusammenhang bestimmen methodische, besser: methodenkritische Erwägungen seinen Problemzugriff. Rupp beklagt, dass das methodische Vorgehen im Gemeinschaftsrecht – auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts selbst wie auch zum einschlägigen deutschen Verfassungsrecht – einer bisher unbekannten Interpretationsmethode folge, die nicht rational diskutierbar sei. Es fehle, so die resignierende Einschätzung, „Übung im Umgang mit der Verfassungsmechanik solcher dezisionistischen Rechtssysteme“.⁷¹ In der Rückschau kann festgestellt werden, dass diese Übung mittlerweile vorhanden ist.

Im Europarecht entfaltete Rupp auch rechtspraktische Wirkung. Rupps Kritik, die Herrschaftsgewalt der Europäischen Gemeinschaften bewege sich außerhalb demokratischer Einbindung,⁷² hat womöglich eine Vorlage des Verwaltungsgerichts Frankfurt zum EuGH motiviert.⁷³ Diese Vorlage führte zur Entscheidung des EuGH in der Sache Internationale Handelsgesellschaft, die den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Verfassungsrecht bestätigte.⁷⁴ Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main gab sich damit nicht zufriede-

⁷⁰ Hans Heinrich Rupp, Anmerkung (zu BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83 – Solange II), JZ 1987, S. 241 (241).

⁷¹ Siehe in diesem Band „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 672.

⁷² Siehe in diesem Band „Die Grundrechte und das europäische Gemeinschaftsrecht“, S. 653.

⁷³ Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford 2003, S. 88 ff.; aufgegriffen bei Franz C. Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, S. 3631 (3632); Wolfgang Kahl/Paul Hüther, Der „Zweckverband funktioneller Integration“ nach Hans Peter Ipsen. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte und zur Finalitätsdebatte in der Europawissenschaft, Berlin 2023, S. 42 ff. Rupp hielt am 13. Januar 1970 einen Vortrag in einer Veranstaltung des Deutschen Richterbundes (später veröffentlicht: „Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht“); der in der Argumentation vergleichbare Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main zum EuGH stammt vom 18.3.1970 (I/2 E 228/69, in: Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern 1971, S. 278). Allerdings nimmt das VG weder in diesem Beschluss noch im Vorlagebeschluss zum BVerfG, der auf die Entscheidung des EuGH folgte (siehe VG Frankfurt am Main, Beschl. v. 14.11.1971, II/2 – E 228/69, in: Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1971, S. 541), explizit Bezug auf Rupp. Auch mit Blick darauf, dass die einschlägigen Fragen zu jener Zeit durchaus intensiv diskutiert wurden (Nachweise bei Anna Katharina Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, Tübingen 2011, S. 200 ff.), sind Annahmen über einen Einfluss Rupps doch recht spekulativ.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Rn. 3 f.

den und legte die Sache dem BVerfG vor, das daraufhin in der später als *Solange I* rubrizierten Entscheidung einen ersten Vorbehalt gegenüber dem EuGH anbrachte.⁷⁵ In der Sache hat Rupps Kritik in der späteren Rechtsprechung des BVerfG zur demokratischen Legitimation des BVerfG ohne Frage Bestätigung gefunden.

Während sich Rupp in diesem Zusammenhängen klar aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive äußerte, übernahm er in dem bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren, das zum Maastricht-Urteil des BVerfG führte,⁷⁶ auch eine praktische Rolle. Die gegen das Zustimmungsgesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde war nach den bis dahin geltenden Maßstäben nicht als zulässig anzusehen. Hier wirkte Rupp zwar nicht als Verfahrensbevollmächtigter mit, wurde aber offenbar von dem Verfahrensbevollmächtigten Karl-Albrecht Schachtschneider hinzugezogen und entwickelte im Rahmen der Zulässigkeit eine Argumentation, die das ungeschriebene demokratische Grundrecht auf politische Mitentscheidung und Mitverantwortung herausstellte. Rupp verortete es „verdeckt“ in Art. 38, 20 Abs. 2 GG.⁷⁷ Die Idee eines solchen Grundrechts hatte er vorher schon entwickelt und er ist er immer wieder darauf zurückgekommen.⁷⁸ Die Übertragung umfassender Zuständigkeiten auf die Europäische Union lasse das Wahlrecht zum Bundestag bedeutungslos werden.⁷⁹ Das BVerfG griff diese Argumentation in der Sache auf.

Das nachfolgende Engagement Rupps im „Bund freier Bürger“ blieb vorübergehend⁸⁰ und hat mit dem späteren Abdriften dieser Organisation in das rechte Spektrum nichts zu tun.

⁷⁵ BVerfGE 37, 271.

⁷⁶ BVerfGE 89, 155 (12.10.1993).

⁷⁷ *Hans Heinrich Rupp*, Plädoyer in der mündlichen Verhandlung am 1./2. Juli 1993 – Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, in: Ingo Winkelmann (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, Berlin 1994, S. 544 (544). Die knappen Ausführungen Rupps sind jedenfalls präziser als der weit ausgreifende und Art. 38 GG vernachlässigende Ansatz bei *Karl Albrecht Schachtschneider*, *Anspruch auf Demokratie*, Juristische Rundschau 1970, S. 401. In der ursprünglichen Beschwerdeschrift wird zwischen Zulässigkeit und Begründetheit nicht unterschieden, die Argumentation zu Art. 38 GG ist in der Sache ähnlich (siehe *ders.*, *Beschwerdeschrift B. vom 18. Dezember 1992*, in: Ingo Winkelmann (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, Berlin 1994, S. 102 (115 ff.)).

⁷⁸ Siehe in diesem Band „Grundrechte“, S. 130; „Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz“, S. 161 f.

⁷⁹ Sog. Entleerungsrüge, siehe dazu – auch zur Weiterentwicklung des Arguments in der Lissabon-Entscheidung des BVerfG – *Heiko Sauer*, *Demokratische Legitimation zwischen Staatsorganisationsrecht und grundrechtlichem Teilhabeanspruch*, *Der Staat* 58 (2019), S. 7 (10 ff.).

⁸⁰ Siehe hierzu etwa das Interview *Hans Heinrich Rupp*, *Individuelle Freiheit, spontane Ordnung und staatliches Gesetz*, in: Franz-Ullrich Willeke (Hrsg.), *Bund Freier Bürger*, München 1994, S. 21.

VI.

Zur Biographie Rupp ist an dieser Stelle nur das Notwendigste zu sagen. Geboren am 11. März 1926, zählte Rupp zu denjenigen, die als junge „Generation“ noch den Zweiten Weltkrieg prägend erlebten, aber sodann den Wiederaufbau der Bundesrepublik mitgestalten und dies mit der eigenen beruflichen Entfaltung verknüpfen konnten. Die westdeutsche Rechtswissenschaft formierte sich unter dem Grundgesetz neu; junge Wissenschaftler – wie etwa Hans F. Zacher oder Reinhold Zippelius, beide geboren 1928 – prägten bald das Fach.⁸¹ Die Älteren, die ihre wissenschaftliche Laufbahn noch in Weimar begonnen hatten (und unter dem Nationalsozialismus fortsetzen konnten), sprachen von den „zornigen jungen Juristen“.⁸² Rupp zählte sich bald dazu.⁸³ In den Grundrechten des Grundgesetzes sah er gerade eine Antwort auf die Nazidiktatur.⁸⁴ Sie prägte seine jungen Jahre: Noch als 17-jähriger begann er eine Ingenieurlaufbahn bei der Kriegsmarine. Die Niederlage Deutschlands führte Rupp zunächst in die Gefangenschaft. Das Abitur erwarb er 1946 in einem Abiturlehrgang für Kriegsteilnehmer. Von 1947 bis 1950 studierte er Rechts- und Staatswissenschaften in Heidelberg und Mainz. Dem schloss sich im Jahr 1953 die Promotion in Mainz an („Die Stellung der ärztlichen Berufskörperschaften“). Ab 1955 war Rupp mehrere Jahre als Richter in einer Zivilkammer am Landgericht Frankenthal/Pfalz tätig, wobei er schon im Jahr 1956 als wissenschaftlicher Assistent an die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer abgeordnet wurde. Im Jahr 1959 wechselte er als Assistent an das Seminar für öffentliches Recht der Universität Tübingen. Unter der Betreuung von Otto Bachof verfasste er seine Habilitationsschrift; das Habilitationsverfahren wurde 1963 abgeschlossen.⁸⁵ Im Jahr 1964 übernahm Rupp einen Lehrstuhl für öffentliches Recht an der Universität Marburg. Vier Jahre später wechselte er an die Universität Mainz, wo er bis zur Emeritierung im Jahr 1993 als Professor für Öffentliches Recht und Staatslehre wirkte. Er starb am 9. April 2020 in Mainz.

Rupp hat sich offenbar stets dagegen gewehrt, mit einer Festschrift bedacht zu werden.⁸⁶ Dies ist jedenfalls insofern bedauerlich, als Festschriften üblicher-

⁸¹ Siehe hierzu insbesondere die beiden Beiträge im 5. Teil, S. 697 ff., 708 ff.

⁸² *Hans Schneider*, Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, NJW 1962, S. 1273 (1275).

⁸³ Vgl. *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), S. 123 Fn. 48.

⁸⁴ Siehe *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), S. XI (Vorwort zur 1. Aufl.); in diesem Band „Freiheit und Partizipation“, S. 215; „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 673.

⁸⁵ Zu Bachof *Matthias Kötter*, Fortbilden, um zu bewahren: Otto Bachof und der Wandel verwaltungsrechtlicher Dogmatik unter dem Grundgesetz, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), Tübingen 2017, S. 231.

⁸⁶ Erinnerungen, Würdigungen etc.: *Peter Häberle*, Laudatio auf H.H. Rupp, DV 24

weise Bibliographien des Geehrten enthalten. Um dieses Defizit zu beheben, enthält diese Edition abschließend eine Bibliographie.

(1991), S. 355; *Friedhelm Hufen*, Hans Heinrich Rupp zum 80. Geburtstag, JZ 2006, S. 294; *Friedrich von Zezschwitz*, Hans Heinrich Rupp In Memoriam, Rundschreiben der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2/2020, Anlage; *Hufen*, Nachruf: Hans Heinrich Rupp (1926–2020) 28.5.2020 (<https://rewi.uni-mainz.de/2020/05/28/nachruf-hans-heinrich-rupp/>, letzter Abruf: 27.2.2024).

1. Teil:

Grundrechte

1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz – eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG? (1966)

Das jüngst veröffentlichte Urteil des BVerfG zum Sammlungsgesetz¹ verdient für das Grundrechtsverständnis im Allgemeinen und für die Grundrechtsproblematik des Art. 2 Abs. 1 GG im Besonderen weit höhere Aufmerksamkeit als dies Gegenstand und veröffentlichter Leitsatz der Entscheidung nahelegen. Geht das Urteil doch in einer Art und Weise das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit an, die deutlich machen, dass zwischen dem Elfes-Urteil² und der jetzigen Entscheidung ein weiter, dornenvoller Weg liegt, auf welchem das BVerfG zwar heftiger und berechtigter Kritik begegnet ist, nicht aber wirklich besseren und überzeugenderen Lösungen. Das neue Urteil, mangels einschlägiger „benannter“ Grundrechte allein auf das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG gestellt, setzt in gewissem Sinne einen Neuanfang, der sich nicht nur von der bisherigen Deutung löst, sondern hoffen lässt, dass Art. 2 Abs. 1 GG fassbaren grundrechtlichen Gehalt gewinnt, ähnlich wie dies durch das Apothekenurteil³ für den Bereich des Art. 12 GG erzielt wurde.

Es ist hier nicht der Ort, die Rechtsprechung und die schon Bände füllende Literatur zu Art. 2 Abs. 1 GG⁴ im Einzelnen zurückzuverfolgen. Sie kreisten und kreisen um das Zentralproblem, daß die Allgemeine Handlungsfreiheit zu uferlos ist, als daß die grundrechtlich relevante und an sich allen Freiheiten innewohnende Frage nach dem „Freisein wovon?“ sich im Sinne präziser Bindungen des Gesetzgebers beantworten ließe, mit der Folge, daß trotz gegenteiliger Deklamationen die spezifische Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG zu einem Schemen verblaßt.^{4a} Wer hier keinen Rat mehr weiß und redlich bekennt,

¹ NJW 66, 1651.

² BVerfGE 6, 32 = NJW 57, 297.

³ BVerfGE 7, 377 = NJW 58, 1035; zu ihm hat die Rechtsprechung des BVerfG wieder zurückgefunden: BVerfGE 19, 330 = NJW 66, 291 – Einzelhandelsgesetz –.

⁴ Vgl. zuletzt: *Walter Schmidt*, Die Freiheit vor dem Gesetz; zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91 (1966), 42 ff.

^{4a} Dieses Problem wird zum gordischen Knoten, wenn man mit Hilfe der sog. Drittwirkungslehre die Allgemeine Handlungsfreiheit als Grundrecht sogar in das bürgerliche Recht verpflanzt und dort beispielsweise als Vertragsfreiheit versteht, um dann mit den auf den Staat

daß Art. 2 Abs. 1 GG vielleicht einen „Wert“, aber jedenfalls kein Grundrecht verbürge, braucht allenfalls den Vorwurf vorzeitiger Resignation zu scheuen.

Einem ganz anderen Vorwurf war indessen die Rechtsprechung des BVerfG seit dem Elfes-Urteil ausgesetzt. Dort hatte das Gericht einerseits die nominelle Grundrechtsqualität der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG beteuert, andererseits aber in der Sache von dieser Grundrechtsqualität nichts mehr übriggelassen. Das geschah bekanntlich dadurch, daß das Gericht sozusagen von der „Schränkenseite“ her den Freiheitsinhalt paralyisierte, indem es die von Art. 2 Abs. 1 GG der Allgemeinen Handlungsfreiheit auferlegte „immanente“ Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ im Sinne der gesamten formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsordnung begriff, das Grundrecht insoweit jeder selbständigen Schutzverbürgung beraubte und nur partizipieren ließ an den außerhalb seiner selbst bestehenden Rechtsbindungen. Damit war Art. 2 Abs. 1 GG vom eigenständigen Auffanggrundrecht zum inhaltsleeren Reflex derjenigen Freiheit geworden, die schon durch die „außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG“⁵ konstituierte Rechtsordnung begründet war. Indessen glaubte das BVerfG gleichwohl noch einen grundrechtlichen Restbestand des Art. 2 Abs. 1 GG gerettet zu haben, indem es dem einzelnen für all diejenigen Fälle das verfahrensrechtliche Instrument der Grundrechtsbeschwerde an die Hand gab, in welchen gerügt wurde, ein Rechtsakt gehöre eben nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung und verletze *deshalb* zugleich die Allgemeine Handlungsfreiheit. Abgesehen davon, daß seitdem die Grundrechtsbeschwerde zum allgemeinen Rechtsbehelf gegen jeden rechtswidrigen Staatsakt auszufern droht, ist diese folgenschwere Argumentation schon deshalb nicht schlüssig, weil die Grundrechtsbeschwerde niemals als selbständiger verfahrensrechtlicher Grundrechtsrestbestand des Art. 2 Abs. 1 GG gewertet werden kann; denn die bundesrechtliche Grundrechtsbeschwerde ist als solche weder durch Art. 2 Abs. 1 GG noch sonst durch irgendeine andere Vorschrift mit Verfassungsrang gegenüber dem Gesetzgeber abgesichert, entbehrt also gerade der spezifischen Grundrechtswirkung des Art. 1 Abs. 3 GG. Bei dieser Deutung bleibt also bei Lichte besehen von der selbständigen Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG nur noch eine wohlgemeinte Behauptung ohne rechtliche Relevanz übrig – in der Sache besteht kaum ein Unterschied zu den Verneinern der Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG.

eingestellten grundrechtlichen Bindungs- und Beschränkungssystemen schlechthin nichts mehr anfangen zu können. So lässt sich denn gerade im Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG die Drittwirkungslehre besonders eindrucksvoll widerlegen, was ganz gewiss nicht heißt, dass das Zivilrecht nicht auch der Freiheit der Person im Gestrüpp der „gesellschaftlichen“ Machtmechanismen zu dienen habe (vgl. hierzu neuestens *Hans Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966).

⁵ BVerfGE 9, 137 (146) = NJW 59, 931; BVerfGE 17, 306 (313) = NJW 64, 1219.

Doch auch die literarischen Lösungsversuche, die Art. 2 Abs. 1 GG, sei es als Allgemeine Handlungsfreiheit, als Entfaltungsfreiheit oder als Eingriffsfreiheit, immerhin aber als Grundrecht verstehen, sind nicht überzeugender. Das gilt von der „Persönlichkeits-Kern-Theorie“ *Hans Peters*⁶ bis zu dem neuesten Anlauf *Walter Schmidts*.⁷ Wurde *Peters* mit Recht entgegengehalten,⁸ die Reduzierung der Allgemeinen Handlungsfreiheit auf einen – grundrechtswürdigen und grundrechtsfähigen – Persönlichkeitskern echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturauffassung liefere das Grundrecht einseitigen Wertvorstellungen aus, so haben auch die Kritiker kein Rezept bei der Hand, wie auf andere Weise als durch eine inhaltliche Radizierung und Präzisierung der grundrechtlichen Freiheit Art. 2 Abs. 1 GG zu bindungsfähiger Konturenschärfe gelangen solle. Gelegentlich hat man den Eindruck, daß häufig eine Frage nur durch eine andere ersetzt wird, beispielsweise dann, wenn zwar Art. 2 Abs. 1 GG als grundrechtliche Allgemeine Handlungsfreiheit anerkannt, indessen jedoch davon ausgegangen wird, diese Freiheit besitze irgendwie einen innersten Kern, der gemäß Art. 19 Abs. 2 GG für den Gesetzgeber sogar absolut und schlechthin unantastbar sei.⁹ Damit verschiebt sich die ganze Fragestellung unter Umgehung des Art. 1 Abs. 3 GG auf das noch schwierigere Problemgebiet des Art. 19 Abs. 2 GG, ohne dass im Übrigen klarer würde, welchen Inhalt denn ein solcher – angeblich absolut geschützter – Persönlichkeitskern besitze. Eine inhaltlich nicht fassbare Freiheit wird nicht konturenschärfer dadurch, daß man von ihrem Kern spricht und sich daran macht, diesen Kern als Grundrecht und zugleich als Wesensgehalt seiner selbst zu begreifen und unvermittelt mit der ungesicherten Absolutität des Art. 19 Abs. 2 GG¹⁰ zu umgeben.

Keine Lösung verspricht auch der gelegentlich unternommene Versuch, der Grundrechtsproblematik des Art. 2 Abs. 1 GG durch eine einseitige Verengung der gesetzgeberischen „Eingriffsmöglichkeiten“ Herr zu werden, indem der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ restriktiv im Sinne etwa der „elementaren Grundsätze der Verfassung“ interpretiert wird.¹¹ Ein solcher Rückzug wäre zwar prima facie in der Lage, die Manipulationen des einfachen Gesetzgebers abzusichern. Aber einmal würde auch dieser Schutz, ähnlich wie in der Deutung des BVerfG, nur durch die „außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG“ beheimat-

⁶ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, 1953, S. 669; *ders.*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

⁷ AöR 91 (1966), 42 ff.

⁸ z. B. von *Evers*, AöR 90, 88 ff.

⁹ Andeutungen in dieser Richtung enthält – unter Berufung auf frühere Entscheidungen – z. B. BVerfGE 12, 341 [347, 348] = NJW 61, 1395; ähnlich BVerfGE 17, 232 [251] = NJW 64, 1067 mit Anm. von *Hamel*: „Jener letzte Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist ...“; ähnlich *Evers*, JZ 65, 665; DVBl. 65, 451.

¹⁰ Vgl. hierzu *Rupp*, Gutachten zum 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 186 ff.

¹¹ Nachweise bei *Hamann*, GG, 2. Aufl., Art. 2, S. 81.

teten „elementaren Grundsätze der Verfassung“ gewährleistet werden, so daß die Frage nach der eigenen Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG nach wie vor offen bleibe; zum anderen ist nicht recht vorstellbar, daß gerade das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit, als subjektiv-rechtlich umgeformtes Spiegelbild der elementaren Grundsätze der Verfassung verstanden, zu einem lediglich und ausschließlich durch diese Prinzipien begrenzten Horizont ungehinderter und unhinderbarer subjektiven Freiheit ausufern sollte. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wäre ausschließlich durch verfassungsrangige Elementarprinzipien begrenzt, also streng genommen jedem gesetzgeberischen Zugriff schlechthin entzogen. Verstünde man dagegen die elementaren Verfassungsgrundsätze im Sinne eines vagen „materiellen“ Verfassungsverständnisses bzw. im Sinne eines lediglich an diese Grundsätze gebundenen bzw. von ihnen „geforderten“¹² Normengefüges, so wäre, wenn auch auf mühsamere Art, fast dasselbe Ergebnis erreicht, zu dem auch das BVerfG gelangte, wenn es die „verfassungsmäßige Ordnung“ als Gesamtheit der formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen begriff.¹³ Auch von diesem Ausgangspunkt läßt sich mit dem BVerfG nicht rechten.

Insoweit ist es der offenere Weg, wenn man, wie jüngst *Walter Schmidt*¹⁴ die Allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG resignierend als „Eingriffsfreiheit“ bezeichnet, im Übrigen darauf hofft, dass sich ein neues ungeschriebenes, aber gleichwohl bestimmtes Freiheitsrecht bzw. ein Bündel solcher Rechte entwickeln möge und ansonsten zunächst einmal sorgfältig das Vorfeld eines grundrechtlichen Rechtsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG abtastet.

In der Tat: Dieser Weg scheint der einzig gangbare. Das BVerfG setzt an, ihn zu beschreiten.

Allerdings erfordert dieser Weg die Einsicht, daß Art. 2 Abs. 1 GG als selbständiges Grundrecht nicht aus dauernden Anleihen von Rechtsprinzipien außerhalb seiner selbst genährt werden kann, sondern wirklich als „Auffanggrundrecht“ von thematisch einschlägigen Grundrechten negativ abgegrenzt wird. Gerade in dieser Hinsicht neigt freilich die Rechtsprechung des BVerfG entsprechend der noch unsicheren Basis, zur Widersprüchlichkeit. Begründete BVerfGE 17, 306¹⁵ trotz der gesetzestechnisch freilich überdeckten Thematik der Art. 12 und 14 GG die Verfassungswidrigkeit des Verbots der Mitfahrerzen-

¹² In dieser Differenzierung glaubt *Dürig* (*Maunz-Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 18) eine Lösung gefunden zu haben. Doch zu Unrecht: Welches sollten die Kriterien zur Ermöglichung der Feststellung sein, ob eine Rechtsnorm der Verfassung nicht nur nicht *widerspreche*, sondern von ihr *gefordert* werde?

¹³ Ob die „verfassungsmäßige Ordnung“ im Zusammenhang des Art. 9 Abs. 2 GG anders zu interpretieren sei, hat BVerfGE 6, 32 (38) = NJW 57, 297 offengelassen. Es steht denn auch zu vermuten, daß auch dort der Streit angesichts des Kartellrechts neue Ufer erreicht.

¹⁴ AöR 91 (1966), 42 ff.

¹⁵ = NJW 64, 1219. Differenzierter, allerdings ohne klare Begründung, BVerfGE 19, 206 [215] = NJW 66, 147; BVerfGE 19, 226 [237] = NJW 66, 103; BVerfGE 19, 242 [247] = NJW 60,

tralen allein aus Art. 2 Abs. 1 GG – offenbar weil das in Bezug genommene Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgebot als spezifisch in Art. 2 Abs. 1 GG aufgenommenes Verfassungsprinzip bewertet wurde – so wird andererseits, etwa bei der Frage, ob eine berufsbezogene Rechtsnorm wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip oder gegen verfassungsrechtliche Erzeugungsregeln die Berufsfreiheit grundrechtswidrig beschneide, allein Art. 12 GG herangezogen und auf eine Auseinandersetzung mit Art. 2 Abs. 1 GG verzichtet.¹⁶ Hier gilt es also zunächst Klarheit zu schaffen: Jedes Grundrecht ist auf eine thematisch selbständige Freiheit bezogen. Diese spezifischen Freiheiten sind nicht nur dann verletzt, wenn eine Rechtsnorm oder ein Rechtsakt *inhaltlich* mit einer dieser Freiheiten kollidiert, sondern vor allem dann, wenn der zugreifende Rechtsakt beispielsweise dem alle verfassungsrechtlichen Kompetenz- und Zuständigkeitsregelungen sowie den allgemeinen Gesetzesvorrang umfassenden grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt nicht gemäß ist, dem grundrechtstypischen Wirkungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit zuwiderläuft oder sonst der verfassungsrechtlichen Legitimität ermangelt. Solche Sicht der Dinge muss sich freilich lösen von dem bis heute gepflegten Rechtsdenken in räumlich isolierten subjektiven Rechten. Jedes subjektive Recht ist über seine „institutionelle Seite“ unlösbar mit dem objektiven Recht verschmolzen und vereinigt in sich all die es formenden, ausprägenden, gestaltenden Elemente, Beschränkungen, Sicherungen der objektiven Rechtsordnung. Deshalb sind auch die Grundrechte nicht als räumliche Individualreservate^{16a} begreifbar, sondern nur als Rechte, deren Verletzung sich – entgegen weitverbreiteter Deutung – nicht als Wertverfall oder Raumverlust, sondern nur als Missachtung des Rechts in seiner komplexen verfassungsrechtlichen Ausprägung begreifen lässt. So gesehen ist die inhaltliche Offenheit der Allgemeinen Handlungsfreiheit kein solcher Mangel, der die Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG ernsthaft in Frage stellte.

Das beweist mit hinreichender Deutlichkeit das neue Urteil des BVerfG.

Versucht man, die von ihm verwendeten grundrechtsgemäßen Maßstäbe systematisch zu ordnen, so stößt man zunächst auf den Gesichtspunkt, daß das Sammlungsgesetz die grundrechtlich-institutionelle Freiheitsverbürgung dadurch pervertiere, daß es vom Verbot als Regel und von der Freiheit als Privileg ausgeht. Insoweit nimmt das BVerfG in erfreulich entschiedener Weise Stellung zu der im Verwaltungsrecht so heimisch gewordenen Rechtsfigur des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, die einer obrigkeitlichen Staatsauffassung entsprochen

105 L; BVerfGE 19, 248 [251] = NJW 66, 149; BVerfGE 19, 253 [257] = NJW 66, 150; BVerfGE 19, 268 [273] = NJW 66, 101 – Kirchensteuerentscheidungen.

¹⁶ BVerfGE 9, 83 [88] = NJW 59, 523; BVerfGE 13, 181 [190] = NJW 61, 2299; BVerfGE 14, 105 [116]; BVerfGE 17, 381 [389] = NJW 64, 1515.

^{16a} Zum naturrechtlichen Ursprung dieser Vorstellung und ihrer politischen Umwelt neustens *Hans Maier*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Recht und Staat H. 321, S. 14–17.

haben mag, einer freiheitlich-grundrechtlichen Konzeption nicht mehr gemäß ist. Der grundrechtlichen Freiheit ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht mehr adäquat, sondern allenfalls ersetzbar durch die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.¹⁷ Das Sammlungsgesetz trägt diesem grundrechtlich bedingten Strukturbruch nicht Rechnung. Das BVerfG führt hierzu aus: „Das Sammeln und die sammlungsähnlichen Veranstaltungen werden im Prinzip nicht als erlaubt angesehen ..., sondern als grundsätzlich verboten, mit der ‚Chance‘, von diesem Verbot eine Befreiung zu erhalten. Die Genehmigung besagt nicht mehr nur, dass dem Vorhaben keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen, sondern gestattet die Tätigkeit erst. Die Genehmigung ist nicht lediglich eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene *formelle* Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung einer an sich nicht verbotenen Betätigung, sondern enthält der Sache nach die Aufhebung eines repressiven Verbots des objektiven Rechts.“

Das BVerfG sieht in dieser Konzeption eine schlichte Umkehrung grundrechtlicher Freiheit in ihr Gegenteil. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Auf dem Fuße folgt ein zweites Argument, das nicht weniger gewichtig ist: Das Sammlungsgesetz geht nicht nur von einer Umkehrung grundrechtlicher Freiheiten aus, sondern liefert die zum Privileg herabgesunkene Freiheit überdies der Disposition der Verwaltung aus – auch dies eine traditionelle Erscheinung, die nicht nur beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern im Bereich der deutschen Ermessenslehre sorgsam gepflegt wurde. Damit wandert die beliebige Verfügung über grundrechtliche Freiheiten vom Gesetzgeber sogar zur Exekutive ab. Das BVerfG hält dies – in Anlehnung an frühere Entscheidungen – für grundrechtswidrig: „Das Gesetz muss die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren.“ Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Gewaltenteilung, das die Exekutive – jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung – auf die Ausführung der Gesetze beschränke, gebiete es, daß der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre *selbst* abgrenze und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlasse. Wenngleich diese These auch nicht revolutionär ist: Die deutsche Ermessenslehre, die das Ermessen gerade als Ausübung eigener Entscheidungsfreiheit der Verwaltung *anstelle* des Gesetzes begreift, hat diese Deutung noch nicht verkräftet. Sie hebt denn auch – was hier nur angedeutet werden kann¹⁸ – die ganze Ermessenslehre aus den Angeln.

Schließlich lässt das BVerfG erkennen, daß es aus einem weiteren, wenn auch mit den soeben erwähnten Argumenten zusammenhängenden Grund das Sammlungsgesetz für grundrechtswidrig hält:

¹⁷ Vgl. hierzu statt vieler: *Friauf*, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 62, 422 ff.

¹⁸ Vgl. *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 203, Fn. 332.

Die rechtstechnische Umkehrung und Auslieferung grundrechtlicher Individualfreiheit an das Ermessen der Verwaltung durch das Sammlungsgesetz bewirkte zugleich, daß der individual-rechtliche Charakter der grundrechtlichen Freiheit verloren ging – auch dies, wie das BVerfG mit Recht hervorhebt, eine bewusst ins Auge gefasste Nebenfolge nationalsozialistischer Gesetzgebungstechnik. Damit wird der einzelne zum Objekt staatlichen Verwaltens herabgewürdigt¹⁹ und ein einklagbares subjektives Grundrecht in ein Nichts, bestenfalls in einen bloßen Reflex umgefälscht. Auch diese „Umpolung“ ist spezifisch grundrechtswidrig, weil sie dem Grundrecht eines seiner wesentlichen institutionellen Momente nimmt. Das kommt in der Entscheidung des BVerfG betont und wiederholt zum Ausdruck, wenn darauf hingewiesen wird, daß dem „Sammlungsträger“ durch das Sammlungsgesetz jeder Rechtsanspruch auf Sammlung entzogen werde.

Man sieht also, welche Breite spezifisch grundrechtlicher Elemente sich finden lassen, um ein Gesetz an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. Allerdings bewegt sich das BVerfG bis hierher noch auf einigermaßen vorbereiteten Bahnen; das Beispielhafte seiner Argumentation liegt darin, die genannten Prinzipien für die Grundrechtsdogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG erschlossen und aufbereitet zu haben.

Das eigentliche Neue beginnt dort, wo das BVerfG das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einführt und als Prinzip grundrechtlicher Bindungskraft auch bei Art. 2 Abs. 1 anerkennt. Hatte noch BVerfGE 17, 251²⁰ sich einer Auseinandersetzung mit Art. 2 Abs. 1 GG durch den schlichten Hinweis entzogen, daß „jener letzte Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen“ sei, „zweifelsfrei“ nicht durch das angegriffene Gesetz berührt werde, so wird schon in BVerfGE 17, 315²¹ festgestellt, daß das in Betracht stehende Gesetz „empfindlich“ in die Handlungsfreiheit des Kraftwagenbesitzers eingreife, und die Frage gestellt, welche Gründe des öffentlichen Wohls den gesetzlichen Eingriff rechtfertigen könnten. Bereits in seiner früheren Rechtsprechung²² hatte das BVerfG, wenn auch mehr am Rande erörtert, ob ein Gesetz die Handlungsfreiheit in „unzumutbarer oder übermäßig belastender Weise“ beschneide. Das neue Urteil erklärt nunmehr bündig, das spezifisch grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip gelte auch für Art. 2 Abs. 1 GG: Das Gesetz und seine Regelungen müssen der Gefahr angepasst sein, der sie begegnen sollen; Art und Umfang der staatlichen Kontrollen müssen der tatsächlichen Situation, zu deren Meisterung sie geschaffen sind, adäquat sein.

¹⁹ Vgl. hierzu mit Nachweisen: *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 246 mit Fn. 442.

²⁰ = NJW 64, 1072.

²¹ = NJW 64, 1220.

²² z. B. BVerfGE 13, 231 [235].

Bei seinen an den künftigen Gesetzgeber adressierten Hinweisen wird das BVerfG noch deutlicher: „Je mehr der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundrechtlichen Freiheitsanspruch abgewogen werden.“ Das ist eine völlig neue Sprache: Die Rezeption des Apothekenurteils für die Allgemeine Handlungsfreiheit – ein nicht hoch genug einzuschätzender Fortschritt des Grundrechtsverständnisses. Gewiss: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Übermaßverbot sind längst als verfassungskräftige Rechtsprinzipien anerkannt. Aber es war gerade die herrschende Hilflosigkeit gegenüber der inhaltlichen Weite und der die Aufmerksamkeit absorbierenden „Schränkentrias“ des Art. 2 Abs. 1 GG, die auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die grundrechtliche Konturenschärfe nahm, es jedenfalls nicht partizipieren ließ an der für Art. 12 entwickelten grundrechtlichen Rigidität. Deshalb bedeutet – wie schon an anderer Stelle²³ betont – die neue Entscheidung des BVerfG weit mehr als eine Wiederholung des allgemeinen Prinzips der Rechtsstaatlichkeit oder des doch recht weitmaschigen Willkürverbots. Nimmt man nämlich die These des BVerfG ernst, so bedarf zunächst einmal jeder „Eingriff“ in die Allgemeine Handlungsfreiheit rechtfertigender Gründe. Je tiefer er „elementare Äußerungen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt“, um so gewichtiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe sein. Mit anderen Worten: Jede gesetzliche Regelung, die die Allgemeine Handlungsfreiheit berührt, ist nur dann zulässig, wenn der vom Gesetz verfolgte Zweck legitim und plausibel ist, die eingesetzten Mittel diesem Zweck angemessen sind und die Grundrechtsbeschneidung je nach ihrem Intensitätsgrad von umso gewichtigeren und drängenderen Gründen aufgewogen wird.

Wendet man diese Skala auf Art. 2 Abs. 1 GG an, so steht zu erwarten, daß nicht nur das Sammlungsgesetz, sondern auch eine ganze Reihe anderer Gesetze oder Gesetzesbestimmungen als zu leicht befunden werden.

²³ Gutachten für den 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 196.

2. Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1967)*

A. Einleitung

Daß das Grundrecht der Berufsfreiheit einen der wesentlichen „institutionellen“ Pfeiler im Gefüge des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Teils der grundgesetzlichen Ordnung darstellt, bedarf keiner Begründung mehr. In welchem Umfang dieses Grundrecht aber in seinem verfassungsrechtlichen Sinnzusammenhang sich das tradierte Recht unterwerfen und reale Bedeutung erlangen würde, das mußte nach Schaffung des Grundgesetzes um so mehr zweifelhaft sein, als bekanntlich auch die Weimarer Reichsverfassung – überdies wesentlich ausführlicher geregelte – berufs- und arbeitsbezogene Grundrechte (Art. 111, 151 Abs. 3, 157, 163 WRV) enthielt, denen indes das gleiche Schicksal wie allen anderen Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung beschieden war. Das Grundgesetz bestimmt freilich in Art. 1 Abs. 3 und in Art. 19 Abs. 2 GG, daß die Grundrechte nicht mehr auf dem Wege des auch heute im allgemeinen bestehenden grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts „leerlaufen“ dürfen, sondern stärker als das Gesetz sind und den Gesetzgeber unmittelbar, weil dem höchstrangigen Recht zugehörend, binden. Doch *wie* diese Bindung, deren Mechanismen und Strukturen aufzufinden der Grundrechtsdogmatik der Weimarer Reichsverfassung nicht geglückt ist, beschaffen sein sollte, sagen weder Art. 1 Abs. 3 noch Art. 19 Abs. 2 GG. Bei diesem Befund hing es somit ausschließlich von Rechtslehre, Rechtsprechung und Rechtspraxis ab, ob der Weg wieder zurückführte zum Grundrechtsverständnis der Weimarer Epoche und damit zu einem erneuten „Leerlaufen“ der Grundrechte, oder aber zu einer neuen Sicht der Dinge, die es ermöglichte, trotz des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts die Grundrechte „gesetzesfest“ zu machen und mit rechtlicher Bindungs- und Sanktionswirkung gegenüber dem Gesetzgeber auszustatten. Wer sich rückblickend diese Alternative vor Augen führt, findet sich unmittelbar in jenem noch heute fortwirkenden, ja heute erst nachhaltig bewußt werdenden inneren

* Bericht über die in den Bänden 1 bis 19 der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts.

Bruch wieder, der die heutige Verfassungsordnung und Verfassungsinterpretation von derjenigen der Weimarer Reichsverfassung scheidet. Indessen hat sich der naturrechtliche oder menschenrechtliche Überschwang, mit dem die Grundrechte nach 1945 in Deutschland gefeiert wurden, nicht von ungefähr schnell gelegt. Denn es stellte sich alsbald heraus, daß die Grundrechte des Grundgesetzes eher noch vager und noch offener gefaßt sind als diejenigen der Weimarer Verfassung und ihrer Vorgängerinnen, und daß der Konsequenz, sie seien deshalb wegen ihrer Konturlosigkeit allenfalls Programme, aber keine unmittelbar verpflichtenden Rechtsnormen, mit einem hochherzigen Bekenntnis zur Menschenrechtsidee ebenso wenig zu begegnen war wie mit einem Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 oder 19 Abs. 2 GG. Denn etwas, dessen Inhalt und Konturen weder im Wege geschichtlicher Gestaltwerdung greifbar geworden sind, noch sich durch die zur Verfügung gestellten juristischen Erkenntnismethoden erschließen lassen, bleibt nach wie vor bloßes Schemen und Programm, selbst wenn die Verfassung das Gegenteil verordnet. Wenn daher Rechtsprechung und Rechtslehre es nicht vermocht hätten, sich von den, an den großen Kodifikationen der Jahrhundertwende geschulten rechtswissenschaftlichen Erkenntnismethoden zu lösen, dann wäre auch in der Grundrechtsdogmatik trotz aller natur- und menschenrechtlichen Beteuerungen alles beim alten geblieben, ja vielleicht sogar in einen neuen, um so ungezügelteren Dezisionismus ausgeartet, der die Rechtswissenschaft in die Strudel bloßer Spekulationen gezogen hätte. All diese Gefahren sind bekanntlich noch nicht gebannt und äußern sich gelegentlich in retardierender Resignation oder im überschäumenden Rückgriff auf „übergesetzliches Recht“, dessen Herkunft auch dann dunkel bleibt, wenn sich allein der Richter für befähigt hält, es zu promulgieren. Als nachträgliche Antwort auf staatlich verordnetes Unrecht sind solche Dünungen gewiß verständlich. Man sollte sich nur dessen bewußt sein, daß es sich hierbei um historisch verspätete Antworten und Bekenntnisse handelt, die auf dem Rücken der grundgesetzlichen Ordnung abzuladen wenig Sinn hat. In der Tat sind denn auch diese Strömungen wieder abgeebbt, ja man kann heute geradezu von einer gegenläufigen Entwicklung insoweit sprechen, als das Prinzip der Gesetzmäßigkeit für Rechtsprechung¹ und Verwaltung wieder mit aller Schärfe betont wird. Wer diesen Weg der Rechtswissenschaft zwischen Aufbruch und Abkehr, zwischen Positivismus und Naturrecht, Pathos und dogmatischer Akribie miterlebt hat, dem muß es nachträglich geradezu erstaunlich erscheinen, daß es der Rechtsprechung des BVerfG im Prinzip gelang, die Grundrechte weder in den rechtsleeren Raum entschwinden, noch in die Verfügungsgewalt des Gesetzes absinken zu lassen. Das mag vielleicht mit darauf beruhen, daß die einschlägige

¹ Vgl. hierzu beispielsweise: *Baring*, Juristenjahrbuch 1965/66, S. 27 ff. (S. 29 ff.); *Hirsch*, JR 1966, S. 334; *Flume*, Schlußvortrag, DJT 1966; *Rupp*, Verh. DJT 1966, Bd. I 3 A, S. 205; *ders.*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 187 ff.

Rechtsprechung des BVerfG recht eigentlich erst 1958, also sozusagen nach Abklingen der stürmischsten Geburtswehen einsetzt, nämlich mit dem sogenannten Apothekenurteil, das nicht nur für das Grundrecht der Berufsfreiheit, sondern für die gesamte Grundrechtsdogmatik paradigmatische Bedeutung besitzt. Denn hier wird jenes Bindungsprinzip der Verhältnismäßigkeit entwickelt, das fortan als eines der wesentlichsten grundrechtlichen Bindungsprinzipien in der Lage ist, die Geltungskraft der Grundrechte gegenüber dem Gesetz zu verifizieren und eine Herrschaft des Gesetzes über die Grundrechte zu verhindern. Freilich beginnt sich die Einsicht über die Anwendbarkeit dieser Prinzipien etwa für Art. 2 Abs. 1 GG erst heute durchzusetzen.²

Das Beispielhafte dieser von der Lehre unterstützten und alsbald vertieften Rechtsprechung liegt darin, daß sie es vermocht hat, eine grundrechtliche Freiheit zu einer rechtlichen Freiheit gegenüber dem Gesetz werden zu lassen, ohne andererseits dem Gesetzgeber seinen grundrechtlichen Mitgestaltungsauftrag zu entreißen. Insoweit besitzt die Rechtsprechung des BVerfG zur Berufsfreiheit ganz allgemeine Bedeutung.

Freilich sollte das nicht von gewissen Schwankungen gelten, die diese Rechtsprechung durchlaufen hat und von denen zu sprechen sein wird. Ähnliches gilt von gewissen Einseitigkeiten, zu denen das BVerfG dadurch gelangt ist, daß es in aller Regel zu isoliert für jeden einzelnen Beruf Bewertungsprämissen akzeptiert, ohne zu fragen, ob der demokratische Grundsatz der Egalität nicht auch ein Verbot willkürlicher Bewertungsprämissen bei verschiedenen Berufen aufstellt. Es will jedenfalls zu einer Zeit, in welcher sich Wirtschaft und Industrie, staatlich forciert oder – trotz Kartellgesetz – mindestens nachsichtig geduldet, in einer dynamischen Konzentrationsbewegung befinden, nicht recht einleuchten, warum ausgerechnet zwei Apotheken in der Hand eines Inhabers nicht vereinigt werden dürfen, und die romantische Idylle des Gesetzgebers vom „Apotheker in seiner Apotheke“ (E 17, S. 232 [240]) verbindliches Leitbild der Grundrechtsbewertung sein sollte. Man wird sich außerdem ebenso verwundert fragen, warum zwar ein selbständiger Handwerker zur Aufnahme seines Berufs einer langwierigen Vorbildung und eines „großen“ Befähigungsnachweises bedarf (E 13, S. 97), während andere Berufe mit nicht minderem Schwierigkeitsgrad und nicht minderem Sozialgewichtigkeit, wie etwa Landwirte oder Makler – angefangen vom Ehemakler über den Grundstücks- und Wohnungsmakler bis zum Finanzmakler – hiervon in der Regel völlig freigestellt sind. An diesen Aspekten, die den beklagenswerten Mangel einer staatlichen Konzeption besonders eindrucksvoll belegen, wird in Zukunft auch die Recht-

² BVerfG, NJW 1966, S. 1651; hierzu *meine* Anmerkung NJW 1966, S. 2037; vgl. aber ganz eindeutig schon *Nipperdey-Wiese*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte, Bd. IV 2, S. 741 ff. (814 ff.), wo allerdings eine „strenge Gemeinwohlklausel“ entwickelt, mit den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten konfrontiert (S. 802) und auch im übrigen eine andere Grundrechtskonzeption vertreten wird.

sprechung kaum mehr vorbeigehen können, wobei freilich in erster Linie Ausgangspunkt ein vertiefteres egalitäres Verständnis des Gleichheitssatzes sein müßte. Denn es führt zwangsläufig zu einem stets absonderlicher werdenden Gefälle, wenn durch die Gesamtheit der berufsregelnden Rechtsnormen ein mehr oder weniger scharfer Trennungsstrich nach Maßgabe jener Maxime verläuft, daß die Regelungen für althergebrachte Berufe schlicht übernommen, Regelungen für neue Berufe dagegen, weil offenbar den Ideenreichtum überfordernd, ebenso schlicht unterlassen werden.

B. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG

Die folgende Untersuchung bezweckt, einen kritisch-analytischen Überblick³ über die großen Entwicklungslinien der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zum Grundrecht der Berufsfreiheit zu geben. Um dieses Vorhaben nicht zu einem Kommentar anschwellen zu lassen, wurde davon abgesehen, den vielfältigen Fundus der literarischen Stellungnahmen und der Rechtsprechung anderer Gerichte einzubeziehen und in Gegenüberstellung mit der Rechtsprechung des BVerfG abzuwägen. Ein solches Verfahren verbot sich schon aus Raumgründen; überdies ist heute die deutsche Grundrechtsdogmatik an einer gewissen Marke angelangt, von der aus mancherlei Grundrechtsdiskussionen der Vergangenheit mitsamt spezieller Ausprägung in bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht mehr recht verständlich sind. Das gilt – um nur ein Beispiel zu nennen – etwa von dem Streit über die Differenzierung der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte in „Eingriffs“- „Schranken“- und „Regelungs“-Vorbehalte⁴ oder über das Wesen der „immanenten“ Schranken der Grundrechte. Diese „Schrankensystematik“ hat sich als wenig förderlich erwiesen, wenngleich sie von dem verständlichen Bestreben getragen war, im Wege juristischer Begriffsbildung ein erneutes Leerlaufen der Grundrechte zu verhindern. Indessen konnte, wie sonst so auch hier, mit diesem Mittel die Rechtstatsache nicht aus der Welt geschafft werden, daß verfassungsrechtliche Normen, in der getragenen Sprache des Verfassungsrechts vage und nicht konturenscharf promulgiert, auch durch eine begriffliche Umetikettierung oder durch eine begriffliche Neuetikettierung der Grundrechtsschranken nicht klarer werden. Im Gegenteil: Gerade die

³ Einen neueren berichtenden Überblick über die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt der Kommentar zum GG von *Leibholz-Rinck*, 1966. Das thematisch im wesentlichen zu Art. 4 GG gehörende Problemgebiet des Art. 12 Abs. 2 GG wurde ebenso ausgeklammert wie die wohl erst künftig aktuell werdenden Probleme, die sich aus Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 des Art. 12 GG ergeben (dazu vgl. *Über*, Arbeitszwang, Zwangsarbeit, Dienstpflichten, in: *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack*, 1966, S. 167 ff.).

⁴ Vgl. hierzu *Hamel*, DVBl. 1958, S. 37 ff.

Lehre von den immanenten Grundrechtsschranken – so sehr die in ihr zum Ausdruck kommende deutschrechtliche Selbstverständlichkeit, daß kein Individualrecht uferlos angelegt sein kann, zu begrüßen ist – hat zu schwerwiegenden Mißdeutungen insoweit geführt, als die „Immanenz“ jener Schranken im Sinne deutscher Interpretationstradition bloß „deklaratorischer Sichtbarmachung“ für zugänglich gehalten wurde, mit der unausbleiblichen Folge, daß sich nicht nur die juristische Hermeneutik in Spekulationen und fortwährende Inversionsschlüsse zu verlieren drohte, sondern – was viel schwerer wiegt – der Sinn und die Kompetenzfunktion des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts verkannt und zugunsten außergesetzlicher – und sich unter der Flagge bloßer Interpretation und „Sichtbarmachung“ tarnender – Dezierationen aufgehoben wurde. Von dieser Fehlentwicklung zeugt noch ein jüngerer Erkenntnis des Hess. VGH⁵ ebenso wie die sich wieder einbürgernde Staatspraxis, berufsregelnde Vorschriften im Wege bloßer Verwaltungsanweisungen zu erlassen, wobei das hier auftretende Problem nicht gelöst, sondern nur vernebelt wird, wenn man neuerdings in der keineswegs revolutionären, aber deutscher Staatsrechtstradition nur schwer zugänglichen Erkenntnis vom Rechtssatzcharakter der Verwaltungsvorschriften den Stein des Weisen gefunden zu haben glaubt, um die Verwaltungsvorschriften kurzerhand den „Gesetzen im materiellen Sinn“ *Labandschen* Sprachgebrauchs gleichzusetzen⁶ und damit altes rechtsstaatliches Gedankengut unbesehen über Bord gehen zu lassen.⁷ Doch von solchen Fehlentwicklungen abgesehen: Wer dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich statuierten gesetzlichen „Regelungsvorbehalt“ nur die Funktion einer „deklaratorischen“ Sichtbarmachung der dem Grundrecht bereits „immanent“ anhaftenden Schranken zuweist, verfällt gar zu leicht der Annahme, auch, ja vielleicht in erster Linie, Exekutive und Judikative besäßen jene so verstandene Regelungskompetenz. Denn warum ausgerechnet nur der Gesetzgeber zur angeblich bloß sichtbarmachenden „Interpretation“ unmittelbar verfassungsnormierter Schranken befugt sein sollte, läßt sich dann in der Tat kaum noch einsehen. Insoweit führt das aus der Weimarer Epoche stammende Trauma vom

⁵ ESVGH 16, S. 162 (166, 167).

⁶ Hiergegen neuerdings auch *Ossenbühl*, AöR 92 (1967), S. 1 ff. (24 ff.). Insofern handelt es sich bei der Erkenntnis vom Rechtssatzcharakter der Verwaltungsvorschriften allerdings keineswegs um eine Frage „terminologischen Geschmacks“ – wie *Ossenbühl* (a. a. O., S. 25) anzunehmen scheint; vielmehr beweist die bisherige Entwicklung eindrucksvoll, daß mit der Bewertung der Verwaltungsvorschriften als „Nichtrechtssätze“ diese nicht nur dem rechtswissenschaftlichen Interesse entglitten sind (so *Ossenbühl* selbst, a. a. O., S. 3), sondern auch bei den rechtssystematischen und rechtsstrukturellen Problemen der Verwaltungsvorschriften weithin eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche terra incognita herrscht (vgl. hierzu *meine* Bemerkungen in Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 19 bis 103; zum Ganzen neuerdings auch *Rasch*, Die staatliche Verwaltungsorganisation, 1967, S. 117 f.).

⁷ Vgl. zur Nivellierung von Gesetz und Verwaltungsvorschriften in der SBZ: *Bullinger*, Das Verwaltungsrecht in der DDR (SBZ), in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, S. 101 ff. (102, 103, 112 f.).

„Leerlaufen der Grundrechte *durch* Gesetz“ zu einem noch viel nachhaltigeren und gefährlicheren „Leerlaufen der Grundrechte *ohne* Gesetz“ und zur Verkehrung von Sinn und Wortlaut des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts, wie immer er im einzelnen auch formuliert sein mag. Zwischen Gesetzesvorbehalt und „Leerlaufen“ der Grundrechte besteht kein Junktum. Gerade im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG hat die Rechtsprechung des BVerfG den überzeugenden Beweis dafür geliefert, daß die Anerkennung der Kompetenz des Gesetzgebers, im Wege des hierdurch implizierten Auftrags, das Grundsatzgerüst der Grundrechte aufzufüllen und normativ zu verdichten, den Gesetzgeber keineswegs zum unumschränkten Herrn der Grundrechte macht, sondern daß ihm verfassungsrechtlich bindende Determinanten gesetzt sind, die zu beachten in dem grundrechtlichen Gesetzauftrag einbeschlossen ist. Die Auffindung dieser Determinanten ist denn auch das eigentliche Problem der deutschen Grundrechtsinterpretation und Grundrechtsdogmatik schlechthin. Und insoweit hat die berufsgrundrechtliche Rechtsprechung des BVerfG ganz allgemein beispielhafte Ansätze geliefert.

I. Zum Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG

1. Allgemeines

Das BVerfG (E 7, S. 377 [397]) will den in Art. 12 Abs. 1 GG verwendeten Berufsbegriff „weit ausgelegt“ wissen. Dies folgt nach Meinung des BVerfG aus der Schutzfunktion des Freiheitsrechts, das dem einzelnen die Möglichkeit gewähren soll, „jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als ‚Beruf‘ zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen“. Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG seien somit nicht nur diejenigen Berufe, die sich in bestimmten traditionell oder sogar rechtlich fixierten Berufsbildern darstellten, sondern auch alle untypischen („erlaubten“) Berufe. In der Tat müßte es für bedenklich gehalten werden, auf dem Wege restriktiver Interpretation des Berufsbegriffs die Grundrechtsgeltung nach Belieben zu manipulieren.

Immerhin: Bis heute ist nicht entschieden, was der Klammerzusatz des BVerfG vom Erlaubtsein des Berufs mit dem Berufsbegriff zu tun hat, und ob eine Tätigkeit, die keinen „Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung“ erbringt oder nicht „wirtschaftlich sinnvoll“ ist, überhaupt kein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG und damit in den grundrechtsfreien Raum entlassen ist. Gegen solche, im Wege begrifflicher Einschränkungen vorgenommene Bewertung hat schon *Bachof*⁸ Kritik erhoben. Indes ist bisher das BVerfG noch nicht in die Lage gekommen, zu entscheiden, ob die von einem „sozialunwerten Berufsstand“ in Anspruch genommene grundrechtliche Berufsfreiheit jedem Ein-

⁸ Die Grundrechte, Bd. III 1, S. 181.

griff schon deshalb freiliege, weil es sich nicht um einen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG handle.

2. Beruf und „Berufsteil“

Schon hier zeigt sich eine gewisse Anfälligkeit des vom BVerfG gewählten Berufsbegriffs. Das gilt auch in anderer Hinsicht: Der grundrechtliche Berufsbegriff hat nicht nur eine Funktion für die Inhaltsbestimmung, sondern auch für die „Schrankenbestimmung“ des Grundrechts. Dies nicht nur deshalb, weil entgegen der immer noch mitgeschleppten Lehre jede Grenzbestimmung zugleich Inhaltsbestimmung⁹ ist, sondern in erster Linie auf Grund der spezifischen Methodik, die das BVerfG für die Legitimation gesetzlicher Grundrechtskonturierungen entwickelt hat. Denn so richtig es ist, daß nicht nur die herkömmlichen, traditionell oder rechtlich zu gewissen „Berufsbildern“ verdichteten Berufe, sondern auch die in der heutigen Gesellschaft und auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Tätigkeitsformen als Berufe im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG zu gelten haben, so schwer fällt es doch, völlig divergente Tätigkeiten, die von einem einzelnen zur Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz gemacht werden, in ihrer Gesamtheit als „Beruf“ im Rechtssinne zu bewerten. Man wird daher eher geneigt sein, von verschiedenen Berufen zu sprechen, wenn jemand beispielsweise im Sommer Segel- und Wasserskikurse abhält, im Winter als Skilehrer tätig ist und in der ihm verbleibenden Zeit Grundstücke mäktelt oder sich als Saxophonist betätigt. In solchen Fällen partizipiert nach der Rechtsprechung des BVerfG jeder „Beruf“ dieses Konglomerats zumindest in seiner „Substanz“ an einer spezifischen Freiheitsverbürgung gegenüber gesetzlichen Beschränkungen und läßt damit das von einem einzelnen gewählte Berufsbündel in weit umfangreicherem Maße als die „klassischen“ Modellberufe – die nur einen „Kern“ haben – grundrechtlichen Schutzes teilhaftig werden. Dem könnte freilich entgegengehalten werden, daß das Gesetz notwendig generalisieren müsse und bei seiner Regelungsintensität keine Unterscheidung jeweils danach treffen könne, ob ein „Beruf“ allein oder als „Nebenberuf“ zusammen mit anderen „Berufen“ ausgeübt wird. In der Tat wird man dieses Argument grundsätzlich anerkennen und die sich daraus ergebenden Dissonanzen hinnehmen müssen, zumal wenn es sich um die genannten, mehr kuriosen Beispiele handelt. Anders und gewichtiger dagegen sind die Bedenken, wenn – wie heute üblich – ein Unternehmer ein ganzes Bündel völlig divergenter Wirtschaftsunternehmungen, von Brauereien bis zu Redereien, von Banken bis zu Papierwarenbetrieben, von Lebensmittelfirmen bis zu Verlagshäusern, in seiner Hand vereinigt und nun grundrechtlich isoliert jede einzelne dieser Betätigungsformen ins Auge gefaßt und deshalb das Problem übersehen wird, daß eine solch strukturierte Machtzusammenballung als solche eine spezifische

⁹ So mit Recht *Hamel*, DVBl. 1958, S. 41.

Kontrolle und freiheitssichernde Bändigung verlangt. Bekanntlich unterscheidet sich gerade in dieser Frage das deutsche Kartellrecht sehr wesentlich von der amerikanischen Anti-Trust-Rechtspraxis. In diesem Zusammenhang ist immerhin erwähnenswert, daß es für manche Berufe, insbesondere denjenigen des Beamten und Richters, traditionelle Beschränkungen für „Nebentätigkeiten“ gibt. Das BVerfG hat sich mit der soeben gestellten Frage noch nicht befaßt, was freilich seiner Rechtsprechung eine gewisse Willkür verleiht. So wird etwa in E 9, S. 39 (48) der Verkauf mit loser Milch im Rahmen eines Lebensmittelgeschäfts als selbständiger Beruf qualifiziert. Ebenso bewertet das BVerfG den „Beruf des Automatenaufstellers“, der von einem Versandhändler ausgeübt wird (E 14, S. 19 [22]). Bei der Frage dagegen, ob ein Vertreter von Tierarzneimitteln einen eigenen „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ausübe, verfährt das BVerfG (E 17, S. 269 [276]) wesentlich vorsichtiger und prüft, ob es eine besondere Ausbildung für diesen „Beruf“ gebe, in der ausdrücklichen Erwägung, daß sich hieraus ein nicht unwichtiges Indiz für die Annahme eines besonderen Berufs ergeben könne. Auf Grund des „Zuschnitts“ der Tätigkeit und der offenbar empirisch ermittelten Tatsache, daß die Tierarzneimittelvertreter sich ihrer Tätigkeit „mit ihrer ganzen Arbeitskraft widmen“, und „daß es sich also nicht nur um einen Teilbereich ihrer Berufstätigkeit – etwa neben dem Verkauf von Futtermitteln oder anderen Erzeugnissen – handelt“, folgert das Gericht schließlich, der Tierarzneimittelvertreter sei Inhaber eines besonderen Berufs. Offenbar mit ähnlicher Methode, aber gegenteiligem Ergebnis bewertet das BVerfG die kassenärztliche Tätigkeit (E 11, S. 30 [42]) oder die Chefarzttätigkeit (E 16, S. 286 [294]) eines Arztes, den Interzonenhandel einer Großhandelsfirma (E 18, S. 353 [361]) und den von einem Drogisten geplanten Verkauf von Arzneimittelfertigwaren (E 9, S. 73 [78]): Hier handele es sich nicht um besondere Berufe, sondern lediglich um „Ausübungsmodalitäten“ anderweitiger Berufe. Ähnlich verfährt das BVerfG mit der tierzüchterischen Betätigung eines Landwirts (E 10, S. 55 [58]), mit der Prozeßagentenschaft der Rechtsbeistände (E 10, S. 185 [197]) oder mit dem „Werkfernverkehr“ eines Wirtschafts- oder Industriebetriebes (E 16, S. 147 [164]).

3. Berufsbild

Mit dieser einigermaßen verwirrenden – und noch in anderem Zusammenhang zu würdigenden – Rechtsprechung zum Berufsbegriff überschneidet sich eine andere Rechtsprechungskomponente, nämlich diejenige zum „Berufsbild“. *Friedrich Klein*¹⁰ will diesen Begriff, obwohl er mit Recht feststellt, sein Wesen und seine rechtliche Bedeutung seien noch nicht eindeutig und abschließend geklärt, offenbar im Sinne einer Korrektur des grundrechtlichen Berufsbegriffs verstanden wissen, der als solcher beispielsweise auch die Tätigkeit eines ge-

¹⁰ v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, S. 360.

werbsmäßigen Taschendiebs oder eines professionell gegen Entgelt tätig werdenden Totschlägers decke.¹¹ Diese Folgerung – so meint *Klein* – widerspreche aber der im Bewußtsein der Allgemeinheit herrschenden, an ganz bestimmte Wertvorstellungen geknüpften Auffassung vom Wesen beruflicher Betätigung, für welche solche Tätigkeiten ... überhaupt keine Berufe, vielmehr ausschließlich strafrechtserhebliche Tätigkeiten seien.

Welche Funktion der vom BVerfG verwendete Begriff des Berufsbilds besitzt, ist nicht weniger fragwürdig. In E 7, S. 397 wird – wie erwähnt – auf das Belieben des einzelnen abgestellt, sich jede „sinnvolle“ Erwerbstätigkeit zusammenzustellen und zu seinem Beruf zu erwählen, unabhängig davon, ob sich ein solch freigewählter Beruf in bestimmte, traditionell oder sogar rechtlich fixierte „Berufsbilder“ einordnen lasse. Es sei vielmehr so, daß sich aus neuen Betätigungsformen auch neue „Berufsbilder“ ergeben könnten. Insoweit wird also der Begriff „Berufsbild“ offenbar im rein soziologisch-empirischen Sinn verstanden. In dieser wie in anderer Hinsicht findet sich jedoch im Handwerksbeschluß (E 13, S. 97) eine bemerkenswerte Kehrtwendung. Hier heißt es im Leitsatz 3 der Entscheidung, dem Gesetzgeber stehe die Befugnis zu, Berufsbilder festzulegen und damit die freie Berufswahl in diesem Bereich zu verengen, wobei das BVerfG offenbar selbst den Bruch mit E 7, S. 377 bemerkt und zu verharmlosen sucht (E 13, S. 106).

Ähnlich und noch deutlicher verfährt das BVerfG in E 17, S. 232, indem es das vom Gesetz verfügte Berufs- und „Leitbild“ vom „Apotheker in seiner Apotheke“ akzeptiert und im Leitsatz 2 der Entscheidung die Konsequenz zieht, daß die gesetzliche Festlegung von Berufsbildern dem einzelnen zulässigerweise die Möglichkeit zu „untypischen Betätigungen“ verschließe. Hier wird also der Begriff des Berufsbildes sozusagen zur Kaschierung einer grauen Zone verwendet: Einerseits schien es aus den schon dargelegten Gründen dem BVerfG nicht angebracht zu sein, dem Gesetzgeber auf dem Wege der Rezeption alter oder der Schaffung neuer „Berufsbilder“ die völlige Verfügungsmacht über den grundrechtlichen Berufsbegriff und damit die Disposition über das Grundrecht auszuliefern. Andererseits bezweckt die Argumentation gleichwohl, dem Gesetz zusätzliche Regelungslegitimationen in die Hand zu geben, die nicht mehr von dem in E 7, S. 377 postulierten Stufen- und Verhältnismäßigkeitsprinzip gedeckt sind. So erscheint der Hinweis auf die Möglichkeit der Festlegung gesetzlicher Berufsbilder im ungewissen Zwielficht methodischer Ungereimtheit unvermittelt als normative Regelungskompetenz, die sich letztlich aus sich selbst, bzw. aus der Berufstypik der Tradition legitimiert – eine Argumentation, die – konsequent durchgeführt – gar zu leicht zu einem erneuten Leerlaufen des Art. 12 Abs. 1 GG führen könnte. Bemerkenswerterweise hat denn auch die spätere Rechtsprechung des BVerfG diesen Faden nicht wieder aufgenommen.

¹¹ A. a. O. (s. Fn. 8), S. 359.

4. „Staatlich gebundene Berufe“ und Beamtenberufe

Schon in E 7, S. 398 bekennt sich das BVerfG dazu, daß die herkömmlich als „staatlich gebundene Berufe“ gekennzeichneten Berufe dem Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen; ähnliches gelte für diejenigen Berufe, die „Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staat, vorbehalten bleiben müssen“ – wobei in erster Linie die Beamtenberufe gemeint sind; insoweit lehnt das BVerfG ausdrücklich die gegensätzliche Rechtsprechung des BVerwG¹² ab. In der Sache hebt freilich das BVerfG hervor, daß für alle Berufe, die „öffentlicher Dienst“ seien, Art. 33 GG „weithin Sonderregelungen“ ermögliche, die sich aus der „Natur der Sache“ ergäben: Die Zahl der Arbeitsplätze und damit im Grenzfall unter Umständen die tatsächliche Unmöglichkeit der Wahl des Berufs für einen einzelnen werde hier von der Organisationsgewalt bestimmt.

Ähnliche Sonderregelungen „in Anlehnung an Art. 33 GG“ seien auch bei den „staatlich gebundenen Berufen“ möglich, mit der Folge, daß die „Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG um so stärker tatsächlich zurückgedrängt“ werden könne, je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den „öffentlichen Dienst“ herangeführt werde. Diesen Passagen haften geradezu paradigmatisch die Schwächen eines obiter dictum an. Denn einmal ist die große Frage, ob es wirklich einen Sinn hat, die Beamtenberufe einerseits dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu unterstellen, wenn andererseits in der Sache für sie lediglich Art. 33 GG gilt. Insoweit ist *Bachof*¹³ recht zu geben, der dem BVerfG entgegenhält, mehr habe ja auch das BVerwG nicht sagen wollen. Wenn es also ein berufsgrundrechtliches Recht des Beamten gibt, dann wird es ausschließlich durch die inhaltlichen Maßstäbe des Art. 33 GG geformt. Insoweit erhielt Art. 12 Abs. 1 GG für die Beamten- und Richterberufe durch Art. 33 GG eine spezifische inhaltliche Ausprägung, deren grundrechtlicher Charakter immerhin eine Legitimation für die bisher stets bejahte Zulässigkeit einer sich auf Verletzung des Art. 33 GG stützenden Verfassungsbeschwerde eines Beamten abgeben könnte. Außerdem wäre man dann auch endlich gezwungen, den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG im Beamtenrecht heimisch werden zu lassen und von der heute wieder auflebenden Praxis statusregelnder Verwaltungsvorschriften (z. B. Assistenten- und Nebentätigkeitserlasse) Abschied zu nehmen.¹⁴

Die eigentlichen Probleme entstehen aber erst bei „den staatlich gebundenen Berufen“. Einmal ist nämlich angesichts der Tatsache, daß wohl kein Beruf

¹² BVerwGE 2, S. 85 (86); 4, S. 250 (254).

¹³ Die Grundrechte, Bd. III 1, S. 201.

¹⁴ Wenn demgegenüber BVerwGE 18, S. 293 die besondere Strenge des Gesetzesvorbehalts im Beamtenrecht gegenüber der Judikative betont, so ist dies in Anbetracht der bekannten Rechtsprechung des Gerichts zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ein recht bezeichnender Widerspruch.

mehr „staatsautark“ und von öffentlich-rechtlichen Bindungen oder Auflagen frei ist, sehr die Frage, ob jene traditionelle scharfe Scheidung in „freie“ und „staatlich gebundene“ Berufe verfassungsrechtlich noch sinnvoll ist. Bemerkenswerterweise geht denn auch das BVerfG weder im Apothekenurteil selbst (E 7, S. 377), noch in den beiden Kassenarztsentscheidungen (E 11, S. 30; 12, S. 144), noch im Hebammenbeschluß (E 9, S. 338) näher darauf ein, ob die hier behandelten Berufe, nach traditioneller Auffassung geradezu „staatlich gebundene Berufe“ par excellence, spezifisch verfassungsrechtlichen Bindungen gegenüber den „freien“ Berufen unterliegen. Bei diesen Berufen wird vielmehr eindeutig und mit Recht ein solcher Unterschied nicht verwertet und auch keine Folgerung aus dem in E 7, S. 398 enthaltenen Zirkelschluß gezogen, daß, je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen an den öffentlichen Dienst herangeführt sei, diese Heranführung an Art. 33 GG sich selbst legitimiere. Ebenso wenig wird im Apothekenurteil (E 7, S. 377) mit dem Begriff der öffentlichen Aufgaben hantiert, auf den die gleiche Entscheidung hinsichtlich der „staatlich gebundenen Berufe“ abgestellt hatte. Diese Elemente werden erst in der späteren Rechtsprechung, insbesondere im Apotheken-Mehrbetriebs-Urteil (E 17, S. 232) und im Notarbeschluß (E 17, S. 371), aber auch schon in E 16, S. 21 wieder aufgenommen und dabei zugleich ihre Bedenklichkeit demonstriert.

II. Umfang und verfassungsrechtliche Determination des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG

Das gewichtigste grundrechtsdogmatische Problem beginnt immer recht eigentlich dort, wo danach gefragt ist, welches die Bindungen sind, die der kraft grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte zur normativen Ausfüllung und Ausführung der Grundrechte berufene Gesetzgeber zu beachten hat. Die derzeit noch herrschende Meinung geht dieses Elementarproblem allerdings zum Teil mit einer anderen Fragestellung an, indem sie unter Bezugnahme auf den Verfassungstext zunächst einmal die unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte von denen scheidet, die nicht unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehen, um dann für diese einen um so ungebundeneren Devisenismus von Einschränkungen zu entfalten. Zum anderen wird – entsprechend dem überlieferten und mit Recht von Häberle¹⁵ kritisierten „Eingriffs- und Schrankendenken“ – jene diffizile begriffliche Apparatur von „äußeren“ und „inneren“ Schranken, von „Eingriffsgesetzen“ und „inhaltsbestimmenden“ Gesetzen, von gesetzlichen „Regelungskompetenzen“ und „Sozialbindungen“ ausgefächert, von der schon anfangs die Rede war und die den Blick zu den eigentlichen Problemen eher erschwert als erleichtert.

¹⁵ Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962.

1. Die Berufswahl und der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt

Das erste der soeben erwähnten Probleme wurde in der Rechtsprechung des BVerfG angesprochen, als es um die Frage ging, ob die in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG grundrechtlich geschützte Freiheit der *Berufswahl* überhaupt einem wie nur immer gearteten Gesetzesvorbehalt unterliege, nachdem Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dem Gesetzgeber eine Regelungsbefugnis lediglich für die Berufsausübung zubilligt. Diese Frage ist bekanntlich unter allgemeiner Billigung durch die Schlüsselentscheidung E 7, S. 377 positiv entschieden. Indessen besteht im allgemeinen keineswegs Einmütigkeit, daß in ein nicht unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehendes Grundrecht ein Gesetzesvorbehalt stillschweigend hineininterpretiert werden könne und dürfe. In der Tat ist denn auch die Argumentationsweise des BVerfG speziell auf Art. 12 Abs. 1 GG bezogen, so daß man bisher aus dieser Argumentation keine Folgen für die allgemeine Grundrechtsdogmatik und für den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt als solchen gezogen hat. Bei diesem Befund erscheint es immerhin angezeigt, sich die Argumentationskette des BVerfG in Erinnerung zu rufen. Es meint, „Wahl“ und „Ausübung“ eines Berufes ließen sich weder in isolierbare zeitliche Abschnitte, noch in qualitative Sonderbereiche trennen. Beide Begriffe erfaßten vielmehr nur aus verschiedenen Blickpunkten den einheitlichen Komplex der „beruflichen Betätigung“ (E 7, S. 401). Es könne deshalb jene Auslegung nicht richtig sein, die dem Gesetzgeber *jeden* Eingriff in die Freiheit der Berufswahl schlechthin verwehre. Eine solche Auslegung würde – so fährt das BVerfG fort – der Lebenswirklichkeit nicht entsprechen und ... rechtlich zu nicht einleuchtenden Ergebnissen führen. Insoweit beruft sich das BVerfG auf Art. 74 Nr. 19 GG, wo ganz offenbar eine gesetzliche Regelung der Zulassung zu bestimmten Berufen als zulässig vorausgesetzt werde. Diese Begründung wird allgemein akzeptiert, wenngleich sie wesentlich überzeugender gewesen wäre, wenn hervorgehoben worden wäre, daß hier ein ganz allgemeines Problem des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts schlechthin zur Diskussion steht. Denn die Grundrechte sind ja nicht vom Himmel des Naturrechts in die Verfassungsordnung einfallende isolierte Subjektivismen, sondern primär „institutionelle“ Bauelemente, objektiv-rechtliche Pfeiler der Verfassungsordnung selbst. Sie sind nicht, im Sinne jenes die deutsche Verfassungsgeschichte bewegenden Dualismus von Staat und Gesellschaft, Defensivpositionen des Einzelnen gegen den Staat und „seine“ Rechtsordnung, sondern prägen unmittelbar den Staat, seine Zwecke und seine Rechtsordnung mit. Das Gesetz kann somit nicht mehr als „Eingriff“, als „von außen“ herangetragene Schranke, sondern nur noch als Ausführung, als Ausfüllung der durch die Grundrechte strukturierten Verfassungsrechtsordnung verstanden werden.¹⁶ Doch von diesem angelsächsischen Verständnis der Grundrechte und der rule of law ist das deutsche Rechtsdenken

¹⁶ Vgl. hierzu neuerdings *Hans Maier*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische

noch immer weit entfernt. Zu stark ist noch das – durch die heutige Verfassungswirklichkeit freilich gelegentlich genährte – Trauma der Weimarer Reichsverfassung, im Gesetz den Feind und nicht den Vollzieher der Grundrechte und den Verwirklicher des Geistes der Verfassung zu sehen. Zu stark wirkt immer noch das „Leerlaufen der Grundrechte“ durch Gesetz und die traditionelle Abwertung des Gesetzes nach, eines Gesetzes, in dem noch immer all die Affekte und Ressentiments jenes Bruchs mitschwingen, den die Ablösung des monarchischen Regiments durch eine ungeliebte parlamentarische Demokratie in Deutschland erzeugt hat.¹⁷ Indes: Auf dieses Thema stößt derzeit fast jede Untersuchung, die sich mit Fragen des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts befaßt, und hier scheiden sich denn auch die Geister. Ohne hierzu im einzelnen Stellung nehmen zu können, sei jedoch zur Vermeidung von Mißverständnissen folgendes ausdrücklich betont: Das hier zugrunde gelegte Grundrechts- und Verfassungsverständnis hat nichts zu tun mit jener gefährlichen *Rousseauschen* Betrachtung, die den einzelnen letztlich als hörige Staatsameise der *volonté générale* botmäßig macht oder ihn im Sinne sozialistischer Gesetzmäßigkeit in der klassenlosen, mit dem Staat identischen Gesellschaft aufgehen läßt. Die grundrechtliche Freiheit des Individuums ist auch weder als von einem omnipotenten und omnikompetenten Staat verordnete und erzwungene Freiheit im Sinne des *Hobbesschen* Modells begreifbar, noch bloße Erscheinungsform eines unbedingten Gehorsam erheischenden, bürgerliche Freiheit erst, konstituierenden „Amtes“ des Bürgers, der, von einem totalen Staat eingesogen, erst mit dieser Salbung Bürger wird. Wer die grundrechtlichen Freiheiten als Teilhaben an der einzig denkbaren Freiheit, nämlich der angeblichen Omnipotenz des „Staates“, zu erklären sucht, pervertiert die Grundrechte und siedelt sie in ihrem Gegenüber, der staatlichen Kompetenz, an; er hüllt überdies den Staat und die Staatslehre in unausbleibliche Mystifikationen, aus denen der traditionelle Nährboden der Diktatur erwächst. Der Gegensatz von individueller Freiheit und Gemeinschaft, von Grundrechten und Gemeinschaftsbelangen läßt sich auch in einer Demokratie, will sie freiheitlich im Sinne des westlichen Vorbildes sein, nicht aus der Welt schaffen; auch nicht durch das Aufsetzen der Brille weltferner Harmoniegläubigkeit oder gar durch die These von der Identität der Herrschenden mit den Beherrschten. Die freiheitlich-demokratische Staatsgewalt westlicher Prägung und Locke'schen Verständnisses nimmt den Gegensatz von individueller Freiheit und Gemeinschaftsinteressen im Sinne

Tradition, Recht und Staat, Heft 321, S. 15 f.; *ders.*, Rechtsstaat und Grundrechte im Wandel des modernen Freiheitsverständnisses, in: Beilage zu: „Das Parlament“ 29/66, S. 12 ff.

¹⁷ Vgl. hierzu *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., 1966, S. 75, wo die besonders durch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte implizierte Bedeutungszunahme der Gesetzgebung zu Lasten der Verwaltung als „Verfall der Staatsmacht“ beklagt wird, als ob nach wie vor nur die Verwaltung – in die sich in der Tat die in den Konstitutionalismus hinübergerettete monarchische Staatsgewalt zurückgezogen hatte – als Ausdruck und Symbol der Staatsgewalt schlechthin gelten könnte.

einer ganz anderen Konzeption an, nämlich der, daß die Staatsgewalt ihre Legitimation nicht aus sich selbst empfangt, sondern aus der Hand freier Individuen, bestimmt, ihrem Schutz zu dienen. Nur diese freiheitlich-demokratische Konzeption kann diejenige des Grundgesetzes sein, dessen oberstes Konstitutionsprinzip alle staatliche Gewalt der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde dienen läßt. Die Individualität und personale Freiheit des Menschen sind daher keine bedauerlichen Einengungen einer „an sich“ vorgegebenen Freiheit des Staates, vielmehr ist umgekehrt die Staatsgewalt durch die Freiheit des Menschen nicht nur von vornherein „beschränkt“, sondern durch den Dienst an dieser Freiheit überhaupt erst legitimiert. Gewiß wird dabei die Bedeutung des Gemeinwohls nicht verkannt. Aber auch es ist, wiewohl bekanntlich nicht bloß arithmetische Summe sämtlicher Individualinteressen, keine isolierte und beliebig manipulierbare Größe, sondern nur als Korrelativ in dem Sinne begreifbar, daß als Preis für die Freiheit aller immer von jedem ein Stück individueller Ungebundenheit zu zahlen ist. Das geschichtsträchtige Pathos, das in dieser liberal-demokratischen Vorstellung ruht, sollte nicht geringer sein als jenes auf deutschem Boden so heimisch gewordene Pathos vom allmächtigen Staat und einer Staatsautorität, die allein auf die Faszination der Macht und nicht der Freiheit gegründet ist, und sich nur an jener, nicht an dieser zu berauschen vermag. Daraus resultiert denn auch der so häufig offenbar werdende affektgeladene Minderwertigkeitskomplex, ein freiheitliches Staatswesen könne sich in der heutigen politischen Umwelt gegen Unfreiheit nur dann behaupten, wenn es das geistige Rüstzeug der Diktatur zu seinem eigenen macht.

Die Verfassung und die in sie eingewobenen Grundrechte sind somit nicht Beschränkung, sondern letztlich Quelle und Legitimation der Staatsgewalt. Deshalb „greift“ andererseits der Gesetzgeber, wenn er, entsprechend dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, dem Auftrag der Verfassung entspricht, nicht in die Grundrechte „ein“, sondern verwirklicht sie und gibt ihnen die in einer sozialen Rechtsgemeinschaft erforderliche Konturenschärfe. Jenseits dieses Verfassungsauftrags herrscht allemal nicht nur Illegalität, sondern Illegitimität staatlicher Gewaltausübung. In diesem, nämlich an verfassungsrangige Determinanten gebundenen Sinnverständnis bedeutet der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt nicht einen Vorbehalt im Sinne bedauerlicher Minderungen grundrechtlicher Freiheitsabsolutität – diese wird es in einer sozialen Gemeinschaft nie geben –, sondern einen Funktionsvorbehalt zugunsten des parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebers im Verhältnis zu Exekutive und Judikative. Wer glaubt, die Grundrechte in ihrem Geltungsgewicht besonders stärken zu können, indem er der gesetzgeberischen Mitgestaltung im Grundrechtsbereich jeden Zutritt verwehrt, erzielt nur den gegenteiligen Effekt eines unkontrollierten und unkontrollierbaren Dezisionismus außergesetzlicher Gewalten, der sich nur mühsam unter dem Gewand juristischer Verfassungsexegese tarnt, in Wahrheit aber zugleich die Rationalität der juristischen Interpretationsme-

thoden zerstört. Auch von diesem Standort aus gibt es keine andere Wahl, als den gesetzlichen Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auch auf die Berufswahl des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu beziehen.

2. Der „Regelungsvorbehalt“ – Vorbehalt des „formellen“ Gesetzes?

In Anbetracht des bisher Gesagten ist es wenig ergiebig, den Bemühungen des BVerfG nachzugehen, den „Regelungsvorbehalt“ des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG irgendwie ins System der „immanenten“, „inhaltsbestimmenden“, „äußeren“ oder „sozialbindenden“ Schranken zu bringen, zumal das Gericht – mit Recht – hierauf keinen gesteigerten Wert zu legen scheint. In E 7, S. 403 wird insoweit hervorgehoben, daß aus dem Begriff „regeln“ keineswegs ein umfangreicherer Gesetzesvorbehalt gegenüber dem sonstigen Gesetzesvorbehalt gefolgert werden könne. Sodann wird behutsam angedeutet, der Sinn des Regelungsvorbehalts deute darauf hin, daß die Verfassung eher „an eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her, d. h. der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen gedacht“ habe als „an Beschränkungen, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen, nämlich seinen natürlichen, sich aus rationaler Sinnerschließung ergebenden Geltungsbereich von außen her einengen würde“ (E 7, S. 404) – eine Bemerkung, die mit kritischen Augen gesehen nur noch Zeugnis der damaligen Problemstellungen ablegt. Immerhin ist hervorzuheben, daß das BVerfG aus der von ihm vorgenommenen Qualifikation des „Regelungsvorbehalts“ gefolgert hat, für ihn würden, da er sich nicht auf „Einschränkungen“ beziehe, weder Art. 19 Abs. 1 GG noch Art. 19 Abs. 2 GG (E 13, S. 122) gelten – ein erstaunliches Ergebnis begriffsjuristischer Interpretationskunst, das auch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 2 GG geprägt hat.

Besondere Erwähnung verdient schließlich noch das vom BVerfG mehrfach angegangene Problem, ob der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einen Vorbehalt des „formellen“ Gesetzes bedeute. Sowohl in E 9, S. 63 (70) wie auch in E 9, S. 338 (343) läßt das BVerfG die Frage, ob „Gesetz“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG – „wie im Falle des Art. 14 Abs. 1 GG (E 8, S. 71 [79])“ – jede Rechtsnorm oder nur ein förmliches Gesetz sei, offen, weil diese Frage für vor-konstitutionelles Recht keine Bedeutung besitze.

In E 15, S. 226 (231) dagegen wird fast beiläufig festgestellt, ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung bedürfe der gesetzlichen *Grundlage*, die allerdings in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sein müsse, wobei das Gericht auch *Gewohnheitsrecht* gelten ließ. Schon E 14, S. 105 (113) hatte die „Festsetzung des Überbrandabzuges“ nach § 74 BranntwMonG als eine im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zulässige, weil durch die gesetzliche Ermächtigungsnorm gedeckte „monopolwirtschaftliche Maßnahme“ bewertet, wobei freilich zu bemerken ist, daß das BVerfG diese „Maßnahme“ weder als Rechtsverordnung

qualifizierte, noch zu einer Prüfung des Art. 80 Abs. 1 GG gelangte, sondern die „für den Erlass belastender Verwaltungsakte“ in der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien (Bezugnahme auf E 8, S. 274 [325 f.]; 9, S. 137 [147 ff.]) als Prüfungsmaßstab verwendete, ein Prüfungsmaßstab freilich, der bekanntlich seinerseits weitgehend aus Art. 80 Abs. 1 GG entnommen wird. Der Passus, der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erfordere eine in jeder Hinsicht verfassungsmäßige gesetzliche Grundlage, kann daher wohl nur so verstanden werden, daß auch Rechtsverordnungen, sofern sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen, zur Berufsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG imstande sind. Hier kreuzt sich freilich die Rechtsprechung des BVerfG mit derjenigen zu Art. 2 Abs. 1 GG, weil Rechtsnormen, die unter Verstoß gegen verfassungsrechtliche Kompetenz- oder Ermächtigungsvorschriften oder in sonstiger rechtswidriger Weise ergangen sind, nicht zur „verfassungsmäßigen Ordnung“, wie sie das BVerfG versteht, gehören und damit die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG verletzen. Bezüglich dieser Abgrenzung gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG hat die Rechtsprechung des BVerfG noch keinen festen Boden gewonnen.¹⁸

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang immerhin, daß E 17, S. 381 (386) eine zu berufsregelnden *Verwaltungsvorschriften* ermächtigende Gesetzesnorm nicht etwa für verfassungswidrig hält, sondern umgekehrt den Angriff gegen diese Bestimmung mit dem Bemerkten verwirft, daß – man fühlt sich unwillkürlich an Palmström erinnert – eine lediglich zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ermächtigende Norm „für sich genommen“ Grundrechte ... nicht verletzen könne (vgl. hierzu aber E 12, S. 180 [199, 200]). Bemerkenswert ist ferner die Rechtsprechung des BVerfG zur Frage der Zulässigkeit von *Exekutivermessen* im Grundrechtsbereich, die dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt verstärkte Bedeutung gesichert hat (E 9, S. 83 [87] unter Bezugnahme auf E 8, S. 71 [79]; vgl. auch E 9, S. 137 [146]; 11, S. 168 [192]).

3. Die verfassungsrechtlichen Determinanten des Regelungsvorbehalts nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG

Jede individuelle Freiheit ist in einer Gemeinschaft von Menschen, soll sie nicht mit derjenigen anderer ins Gehege kommen und zu egoistischer Unterwerfung und damit Unfreiheit führen, nicht uferlos angelegt. Dem Recht ist es aufgegeben, eine verbindliche Verhaltensordnung zur Befriedung dieser Spannungen zu schaffen. Wie diese Befriedung im einzelnen auszusehen hat, dafür gibt es bekanntlich keine Patentlösung, die für alle Zeiten und Völker Geltung beanspruchen könnte. Es ist somit vorzüglich die Verfassung eines Gemeinwesens, an der sich die Beantwortung dieser Frage zu orientieren hat. Insoweit läßt das Grundgesetz spezifische Bewertungsmaximen offenbar werden. Zwar rezipiert

¹⁸ Vgl. Rupp, NJW 1966, S. 2037 (2038).

es fast wörtlich die bürgerlichen Grundfreiheiten aus früheren Verfassungsordnungen und scheint damit die Freiheit, wie sie im bürgerlichen Liberalismus verstanden wurde, unbesehen zu übernehmen. Andererseits finden sich, bedingt durch die Entwicklung des letzten Jahrhunderts, im Grundgesetz spezifische soziale Betonungen wie beispielsweise in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 oder 14 Abs. 2 GG. Sie sind indessen nicht nur soziale Determinanten althergebrachter Freiheiten, sondern geben diesen selbst ein neues Gesicht und einen neuen Inhalt, der eine scharfe Grenzziehung zwischen status negativus und status activus häufig auflöst. Die Expansion beispielsweise des Eigentumsbegriffs des Art. 14 GG durch Rechtsprechung und Rechtslehre und seine Erstreckung auf die Arbeitskraft und ihre „Substrate“ oder auf Rentenansprüche, bietet dafür beredtes Zeugnis. Freiheiten, wie das Eigentum an Grund und Boden, die in einer überwiegend agrarisch strukturierten Gesellschaft noch existentielle Sicherung verbürgten, haben ihre freiheitssichernde Funktion heute weitgehend eingebüßt; an ihre Stelle sind andere Positionen getreten, Positionen überdies, die ihrerseits häufig ihre soziale Genesis nicht verleugnen können (Renten). Das gilt auch für die Berufsfreiheit, und zwar nicht nur dann, wenn der Staat ein Monopol der Berufsausbildung für sich in Anspruch nimmt und die Freiheit, vom Staat bei der Berufswahl nicht *behindert* zu werden, sozusagen umschlägt in ein offensives Recht auf Teilnahme an staatlicher Berufsausbildung, sondern auch dann, wenn staatliche Förderungsmaßnahmen insbesondere finanzieller Art begehrt werden. Ein solcher Anspruch, verstanden als individuelle Freiheitssicherung, läßt sich zwar nicht damit begründen, daß die hochindustrialisierte und extrem arbeitsteilige Gesellschaft von heute darauf angewiesen sei, alle nur denkbaren Kraftreserven zu erschließen, oder damit, daß jeder Beruf heute zugleich einen Baustein am Gemeinwohl erbringe und nicht mehr Privatsache sei. Zu schnell entsteht aus solchem Denken ein utilitaristischer Dirigismus, der im einzelnen schließlich nur noch ein Rädchen im Getriebe eines, nach welchen Maximen auch immer gesteuerten, national- bzw. übernationalökonomischen Wirtschaftsfunktionalismus sieht und damit den individuellen Freiheitsaspekt aus den Augen verliert. Freiheit des Berufs bedeutet in erster Linie personale Entscheidung über die eigene Lebensgestaltung. Ist das aber der Fall und ist in der Verfassung diese Freiheit um ihrer selbst willen geschützt, so zwingt der Verfassungsauftrag die staatliche Gemeinschaft, sie zu ermöglichen und Förderungsmaßnahmen nicht nur am Maßstab der volkswirtschaftlichen Utilitarität zu messen. Auch das ergibt sich freilich erst aus einem sozialbetonten Verständnis der Freiheit, was nur wieder als Beleg dafür gelten kann, daß nicht nur die Schranken, sondern auch die Inhalte grundrechtlicher Freiheiten von einem neuen Orientierungspol aus zu determinieren sind. Über diese Notwendigkeit hilft es auch nicht hinweg, wenn dieser Befund gelegentlich als Antinomie von rechts- und sozialstaatlichen Prinzipien gekennzeichnet oder die Sozialstaatsklausel aus der Verfassung hinwegzuinterpretieren versucht und

resignierend eine Rückkehr zum bürgerlich-liberalen Rechtsdenken empfohlen werden. Die anfangs spekulative Rechtsdeutung der Sozialstaatsklausel hat sich längst gelegt und ist methodischer Diszipliniertheit gewichen. Daß gleichwohl diese Klausel in die gesicherte juristische Hermeneutik Unsicherheitsfaktoren eingebracht hat, ist nicht zu bestreiten. Aber diese Folge teilt das Sozialstaatsgebot mit dem Grundgesetz schlechthin. Sich ihr durch einen Rückzug in die Vergangenheit zu entziehen, kann daher nichts anderes heißen, als das Grundgesetz in seiner Gesamtheit nicht ernst zu nehmen und mit einer Elle zu messen, nach der es nicht gemessen werden will.

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Berufsfreiheit hatte es in erster Linie mit der Frage zu tun, welche Bindungen das Grundrecht gegenüber dem Gesetzgeber äußere, bzw. in welchem Maße der Gesetzgeber im Wege des Regelungsvorbehalts nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG seine Hand an das Grundrecht legen dürfe, wobei sogleich Individualinteressen und Gemeinwohlinteressen, Freiheit und Sozialbindung, Einzelner und Staatsgewalt in Kontraststellung gebracht wurden. Es wurde schon aufgezeigt, daß dieses Kontrastbild der Modellvorstellung von der Eingriffsfunktion des Rechts und des Gesetzes entspringt und deshalb schief und in höchstem Maße verzerrt ist. Denn – um mit *Adolf Arndt*¹⁹ zu sprechen: „Die Grundfreiheiten definieren den Staat; sie geben ihm seine Struktur“, das objektive Recht und das Gesetz haben nicht die Funktion, antipodische Gegner „rechtsfreier“ Individualreservate zu sein, sondern dienen der Verwirklichung und Förderung der Freiheit, wie denn auch das „Gemeinwohl“ nicht aus sich selbst verständlich, erst recht aber nicht mit einem anonymen Staatsinteresse oder der „Staatsräson“ identifizierbar ist. Mag man daher aus Gründen denkökonomischer oder didaktischer Praktikabilität am Eingriffs- und Beschränkungscharakter der Gesetze festhalten und sie ausschließlich zum Vollzieher freiheitsbeschneidender Gemeinwohlinteressen abstempeln – bei der gesetzlichen Normierung freiheitssichernder status activi führt dieses Bild gänzlich in die Irre –, die Probleme beginnen dann nur eine Stufe später, nämlich dann, wenn es um die Frage geht, was denn eigentlich jenes „Gemeinwohl“ sei, das den „Eingriff“ in eine grundrechtliche Freiheit rechtfertige. Mit diesem, durch die verzerrte Fragestellung noch zusätzlich belasteten Problem ist die bisherige Rechtsprechung des BVerfG, aber auch die bisherige Rechtslehre noch nicht fertig geworden. Immerhin hat die Rechtsprechung des BVerfG bedeutsame Ansätze für diejenigen verfassungsrechtlichen Maße entwickelt, die das Gesetz im Grundrechtsbereich zu beachten hat. Sie hat damit das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG vor dem „Leerlaufen“ bewahrt.

¹⁹ Gedanken zum Gleichheitssatz, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz, S. 179 ff. (183).

4. „Stufentheorie“, Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die vom BVerfG zur Gewinnung gesetzeskräftiger grundrechtlicher Determinanten entwickelte und von ihm selbst (E 13, S. 104) so benannte „Stufentheorie“ ist allbekannt und schon so oft gewürdigt und kritisiert worden, daß sich ein näheres Eingehen erübrigt. Hervorgehoben zu werden verdient nur Folgendes:

In der Modellentscheidung E 7, S. 377 (404) geht das BVerfG im Sinne des soeben beschriebenen Schemas davon aus, daß das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG dem Schutz der Freiheit des Individuums, der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dagegen dem Schutz von Gemeinschaftsinteressen zu dienen bestimmt sei. Da – wie das BVerfG mit Recht feststellt (E 7, S. 405) – Individualschutz und Gemeinschaftsschutz im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitim sind, ist ein Ausgleich zwischen beiden nur mit einem System balancierender Ausgleichung möglich. Dieses System ist dasjenige der Verhältnismäßigkeit, der Güterabwägung, oder wie immer man dieses Verfahren bezeichnen mag. Es stellt – im Sinne der Ausgangsposition des BVerfG – zugleich die verfassungsrechtlichen Determinanten der Regelungskompetenz des Gesetzes zur Verfügung: Ist nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert, so „darf diese Freiheit nur soweit eingeschränkt werden, als es zum gemeinen Wohl unerlässlich ist“ (E 7, S. 405). Ganz offenbar war sich das BVerfG der praktischen Schwierigkeit dieser Kompensationsformel bewußt. Denn läßt sich noch in etwa das in den einzelnen Grundrechten geschützte Individualinteresse bestimmen und graduieren, beim Gemeinwohl fangen bekanntlich die Konturen zu fließen an, zumal wenn man in Betracht zieht, daß das Staatsinteresse oder das Gemeinwohl schon gar zu oft zur beschönigenden Etikettierung freiheitsvernichtender Willkür und zur Propagierung einseitiger Staatsräson hat herhalten müssen. Bei der schließlich erforderlichen Abwägung von grundrechtlichen Individualinteressen mit Gemeinwohlinteressen wird jedenfalls endgültig evident, daß diese Art Abwägung nicht nach dem Vorbild einer Küchenwaage geschehen kann.²⁰ Das BVerfG sucht diese Frage zu meistern, indem es sie umgeht. In der Tat liegt die Versuchung nahe, die Frage nach dem Gemeinwohl im Dunkeln zu lassen und statt dessen zunächst das grundrechtliche Individualinteresse zu graduieren, um für die Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wenigstens auf der einen Seite verschiedene Gewichtigkeiten zur Hand zu haben. Nach diesem Muster hat das BVerfG seine Stufentheorie entwickelt. Es nimmt den bei der Frage nach dem Umfang des Gesetzesvorbehalts verworfenen Unterschied zwischen Berufswahl und Berufsausübung wieder auf, und zwar im Sinne einer für die Abwägung belangvolleren Grundrechtsgewichtigkeit der *Berufswahl* gegenüber der bloßen *Berufsausübung*. Sodann wird eine weitere Differenzierung zwi-

²⁰ Vgl. hierzu *mein* Gutachten für den 46. DJT, Verh. 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 165 ff. (197 ff.).

schen *objektiven* und *subjektiven Zulassungsvoraussetzungen* getroffen, offenbar in der Annahme, daß diese Differenzierung aus einer Differenzierung der Gewichtigkeit grundrechtlicher Interessen hervorgehe. Freilich wird diese Korrespondenz in E 7, S. 406, 407 nicht recht begründet, sondern eher verhüllt, indem im Vorgriff auf die „sich aus der Sache heraus“ ergebende Legitimation subjektiver Zulassungsregelungen abgestellt wird – ein Verfahren, das, auf die Legitimationswaage des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingebracht, unweigerlich zu einem Zirkelschluß der Legitimation einer gesetzlichen Regelung durch sich selbst führen muß. Immerhin läßt das BVerfG erkennen, daß der Bereich der subjektiven Zulassungselemente für den Betroffenen für weniger bedeutsam als der Bereich der objektiven Zulassungsregelungen gehalten wird. Das ergibt sich aus der Bemerkung des Gerichts (E 7, S. 407; vgl. auch E 11, S. 183), die Erfüllung objektiver Berufszulassungsbedingungen sei „dem Einfluß des einzelnen schlechthin entzogen“. Daraus muß wohl im Wege des Umkehrschlusses gefolgert werden, die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen seien mehr oder weniger von jedem erfüllbar und stellten deshalb grundrechtlich gesehen keine besondere Zumutung dar. Aus dieser Sicht gelangt das BVerfG zu dem Resultat, die *Berufsausübung* könne schon dann „beschränkt“ werden, wenn und soweit „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen“. Die Freiheit der *Berufswahl* dagegen könne nur eingeschränkt werden, wenn und soweit der Schutz besonders wichtiger (überragender) Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordere, wobei den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen eine Mittelstellung zugewiesen wird.

Es liegt auf der Hand, daß dieses Differenzierungsschema für die Zwecke einer Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wenig ergiebig ist. Auch die subjektiven Möglichkeiten, die einem einzelnen in die Wiege gelegt sind, hängen nicht nur von ihm und seinem guten Willen ab; sie sind somit ein objektiver Befund und verfälschen die vom BVerfG gezogene Zäsur zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen. Diese Schwäche macht sich in der Rechtsprechung des Gerichts immer wieder bemerkbar. Der *numerus clausus* im ehemaligen Apothekenrecht wird als objektive Zulassungsvoraussetzung, deshalb als nur durch überragende Gemeinschaftsgüter legitimierbar bewertet und – mangels Vorhandenseins solcher – als zu leicht befunden (E 7, S. 413 ff.). Das Erfordernis eines besonderen Befähigungsnachweises für die selbständige Ausübung eines Handwerks dagegen wird den „subjektiven Zulassungsvoraussetzungen“ eingeordnet (E 13, S. 115); deshalb werden an die Gemeinwohlanforderungen keine besonders hohen Ansprüche, ja die Frage nach der Gemeinwohllegitimation ernstlich überhaupt nicht gestellt (E 13, S. 107 ff.), sondern es wird mehr oder weniger darauf abgehoben, daß die überkommene Ordnung gut und nützlich sei, auf Zustimmung der öffentlichen Meinung rechnen dürfe und letztlich in ihrer Ordnungsfunktion dem Gemeinwohl diene. Das klingt unausgesprochen jedenfalls sehr deutlich zwischen den Zeilen an. Man

wird gegenüber dieser Tendenz – um nochmals *Adolf Arndt*²¹ zu zitieren – mit allem Nachdruck hervorheben müssen, daß der Ordnungswert als solcher nichts mit dem Gemeinwohl einer freiheitlichen Demokratie zu tun hat, daß Ordnungen „an sich völlig wertlos“ sind und sie nur durch ihre Güte „als freiheitliche Ordnung zur Rechtsordnung werden“. Erfreulicherweise hat sich denn auch das BVerfG in der Sache von dieser Art Gemeinwohlverständnis, aber auch von jener scharfen Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Zulassungsvoraussetzungen abgesetzt. So heißt es in E 19, S. 330 (337) schlicht und überzeugend, die subjektive Zulassungsvoraussetzung der „Sachkunde“ in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung im Einzelhandelsrecht beschränke die freie Berufswahl „empfindlich“ und lasse sich nur beim Nachweis eines wichtigen Gemeinschaftsguts rechtfertigen. Ein solches sei nicht erkennbar, so daß die gesetzliche Regelung „weit über das Maß des Erforderlichen hinausgehe“.

Auch die an die Unterscheidung von Berufswahl und Berufsausübung anknüpfende Differenzierung hat die Rechtsprechung des BVerfG in der Folgezeit eher erschwert als gefördert. Schon in den Kassenarztsentscheidungen (E 11, S. 30 und 12, S. 144) sah sich das BVerfG mit seiner eigenen, bereits geschilderten Rechtsprechung konfrontiert, daß, weil die Kassenarzt-Tätigkeit kein selbständiger Beruf, sondern nur eine „Ausübungsmodalität“ des Arztberufes sei, der *numerus clausus* im Kassenarztrecht lediglich als Regelung der Berufsausübung, nicht der Berufswahl qualifiziert werden könne. Das BVerfG scheut sich indes – und mit Recht –, die sich daraus ergebenden Konsequenzen einer Auslieferung der Regelkompetenz ins gesetzgeberische Ermessen zu ziehen, sondern fordert den für Berufswahl-, ja für objektive Berufszulassungsregelungen aufgestellten, besonders gewichtigen Gemeinwohlnachweis. Nachdem das Gericht ausdrücklich offengelassen hatte, ob die Bedeutung der Kassenarztzulassung für den Arztberuf so schwerwiegend sei, daß der *numerus clausus* im hergebrachten Kassenarztrecht als Regelung der Berufswahl zu gelten habe – diese Annahme hätte die Teleologik der verfassungsgerichtlichen Differenzierung auf den Kopf gestellt –, und nachdem das Gericht beteuert hatte, die angefochtene Regelung sei eine „Berufsausübungsregelung“ im Sinne von E 7, S. 377, betont es in der Sache, daß auch bei den bloßen Ausübungsregelungen eine Differenzierung insofern stattzufinden habe, daß der Gesetzgeber auch hier „um so stärker gebunden“ sei, „jemehr zugleich die Berufswahl berührt“ werde. Eine solche Berührung liege aber vor, weil „der frei praktizierende Arzt in aller Regel seinen Beruf, wirtschaftlich gesehen, ohne Kassenzulassung nicht erfolgreich ausüben“ könne (E 11, S. 44) – eine Argumentation, die deutlich macht, daß undurchdachte Präjudizien die Rechtsprechung häufig zu gewundenen Pfaden nötigen.

In der schon erwähnten Entscheidung zum Einzelhandelsgesetz (E 19, S. 330) war das Gericht in der glücklichen Lage, sich bei der Anforderung wichtiger

²¹ A. a. O. (s. Fn. 17), S. 183.

Gemeinschaftsgüter für die Rechtfertigung des besonderen Sachkundennachweises im Einzelhandelsrecht darauf berufen zu können, daß es sich beim Sachkundennachweis um eine die Berufswahl treffende Regelung handle. Anders ist dies wieder in E 13, S. 181 (Schankerlaubnissteuer), 14, S. 76 (Spielautomatenvergnügungssteuer), 14, S. 105 (Branntweinmonopolgesetz) oder 16, S. 147 (Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs). In allen diesen Entscheidungen wird betont (E 13, S. 186; 14, S. 101; 14, S. 112; 16, S. 163), daß auch ein steuerlicher Zugriff die Berufsfreiheit einschränken und sich als Regelung der Berufswahl und als Regelung der Berufsausübung darstellen könne. Gerade bei solchen „mittelbaren“ Berufsbeschränkungen löst sich jedoch diese Unterscheidung in Nebel auf. Konnte E 16, S. 164 – wie schon erwähnt – immerhin noch darauf hinweisen, daß der Werkfernverkehr nicht Gegenstand eines selbständigen Berufs, sondern nur Ausübungsmodalität des „eigentlichen“ Berufs sei, und deshalb die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs sich nur als Ausübungsregelung präsentiere – die freilich, weil am Rande einer Erdrosselungssteuer liegend, höchst bedenklich sei –, so konnte E 13, S. 186 diese Argumentation nicht verwenden, weil – wie das Gericht mit Recht feststellt – die Schankerlaubnissteuer gerade die Aufnahme eines bestimmten Berufs als steuerrechtlich relevanten Tatbestand statuiert. Gleichwohl bewertet das Gericht die Schankerlaubnissteuer im Ergebnis doch als Berufsausübungsregelung, weil es insoweit allein darauf ankomme, ob eine Steuer „ihrer wirtschaftlichen Auswirkung wegen“ in die Nähe einer Berufswahl- oder einer Berufsausübungsregelung komme. Hier wird vollends klar, daß die Unterscheidung von Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen keinen eigenen determinatorischen Wert besitzt, sondern nur noch zur höchst willkürlichen Etikettierung anderweitig gefundener Ergebnisse dient. In E 14, S. 112 wird der „Überbrandabzug“ denn auch ohne weiteres als Regelung der Berufsausübung qualifiziert, während in E 14, S. 100 der Kontrast zu E 13, S. 186 betont und das Aufstellen von Glücksspiel- und Gewinnapparaten offenbar nur als Ausübungsmodalität eines Berufs und die darauf bezogene Steuer nur als Ausübungsregelung verstanden wird, und dies, obwohl das BVerfG kurz zuvor (E 14, S. 22) die Selbständigkeit des Berufs der Warenautomatenaufsteller unter Verweis auf E 7, S. 397 herausgestellt hatte. Auch in E 12, S. 294 erklärt das Gericht, eine Ausübungsregelung könne unversehens in eine Berufswahlregelung umschlagen, nämlich dann, wenn sich das Verbot *gewisser* zu einem Verbot *aller* Außenhandelsgeschäfte verschärfe. In E 11, S. 184f. (186) stellt das Gericht zwar vorweg (S. 183) fest, die gewerbliche Personenbeförderung sei ein Beruf, die Einengungen in § 9 Abs. 1 und 2 PBG beträfen somit die Berufswahl und seien „objektive Zulassungsbedingungen“, die als solche nur dann gerechtfertigt seien, wenn sie „zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten“ seien. Indessen führt das Gericht schon einige Zeilen später (S. 184) aus, die gewerbliche Personenbeförderung

könne nicht als Einheit angesehen werden, vielmehr bestünden beispielsweise beim Linienverkehr ganz andere Aspekte als beim Gelegenheitsverkehr, was das Gericht zu der – im Ergebnis durchaus begrüßenswerten – Folgerung veranlaßt, für alle einzelnen Arten der gewerblichen Personenbeförderung „die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit und das Maß der zu ihrem Schutz unerläßlichen Vorkehrungen je gesondert zu bestimmen, gegen den grundrechtlichen Anspruch des einzelnen auf freie Berufswahl (!) abzuwägen und danach die Gültigkeit der Vorschriften in § 9 Abs. 1 und 2 PBG je für die einzelne Verkehrsart (!) zu beurteilen“ (S. 185). Hier stellt sich unter der Hand die Regelung eines objektiv funktional zusammengehörenden Sachgebiets als objektive Berufswahlregelung dar, ohne daß überhaupt noch geprüft wird, ob dieses Gebiet Gegenstand eines personalen Berufs ist. So findet das BVerfG denn eigentlich trotz, jedenfalls nicht mit Hilfe, seines in E 7, S. 377 eingenommenen Ausgangspunktes für die einzelnen Sachgebiete der gewerblichen Personenbeförderung letztlich überzeugende Ergebnisse, indem es Sinn und Gewicht jeder einzelnen Regelung jeweils am Maßstab der Berufsfreiheit mißt, entsprechende Aufwägungen durch nachweisbare, plausible Gemeinwohlgründe fordert, dabei das Übermaßverbot anwendet und schließlich die Gemeinwohlanforderungen in dem Umfang verschärft, in welchem die Intensität der gesetzlichen Berufsregelung zunimmt. Auf eine einfachere, verkürzende Formel gebracht (E 16, S. 187): Ein gesetzlicher Eingriff in die Berufsfreiheit ist nur dann zulässig, wenn ihm ein gleich bedeutsamer Nutzen für das Gemeinwohl gegenübersteht. Was das Gemeinwohl freilich ist und wann es überhaupt legitimerweise in die Waagschale des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingebracht werden kann, das läßt auch die Rechtsprechung des BVerfG weithin offen. Immerhin ergeben sich in seiner Rechtsprechung auch dafür gewisse Ansätze. So heißt es beispielsweise bei der Bewertung der Zweigstellensteuer (E 19, S. 101 [111 ff.]), wenn auch unter dem anderen verfassungsrechtlichen Aspekt des Art. 3 Abs. 1 GG, sachliche, einleuchtende Gründe für die Verhängung dieser Steuer seien nicht ersichtlich, wobei sogleich offenbar wird, daß das BVerfG die Sachlichkeit von Gemeinwohlgründen nicht etwa aus der Tiefe eigener Vorstellungen schöpft, sondern im Sinne ihrer grundgesetzlichen Legitimität versteht. Insofern ist die Argumentation in gewissem Sinne beispielhaft für eine Klärung des Gemeinwohlbegriffs schlechthin, wenngleich mit allem Nachdruck der vor allem auch in der enteignungsrechtlichen Rechtsprechung des BGH sichtbar werdenden Gefahr eines Einpendelns der gesamten Grundrechts- und Vorbehaltsdogmatik auf das Niveau des weitmaschigen Gleichheitspostulats und Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG entgegengetreten werden muß. Gleichwohl ist von Interesse, daß das BVerfG in der Entscheidung über die grundrechtliche Zulässigkeit der Zweigstellensteuer die dem Gesetz zugrunde liegende Absicht, ortsansässige Einzelhandelsunternehmen gegen die Konkurrenz von Zweigstellen auswärtiger Unternehmen zu schützen (E 19, S. 101 [111]), unsachlich findet, und zwar

zunächst deshalb, weil die auf Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, Freizügigkeit und Berufsfreiheit angelegte Rechts- und Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes es nicht gestatte, jemanden allein deshalb zu einer Verdrängungssteuer heranzuziehen, weil er kein Einheimischer sei. Ferner verursachten die Filialen auswärtiger Unternehmen den Gemeinden keine höheren Ausgaben, die eine zusätzliche steuerliche Belastung zu rechtfertigen vermöchten. Begründet könne diese auch nicht damit werden, daß die persönlichen Ausgaben der Unternehmensinhaber nicht der Zweigstellengemeinde zugute kämen. Denn unter diesem Aspekt wäre die folgenschwere Unterscheidung des Gesetzes zwischen Zweigstellenunternehmen des Bank- und Kreditwesens und Wareneinzelhandelsunternehmen einerseits und den Filialunternehmen der übrigen Geschäftszweige andererseits nicht zu begreifen. Schließlich treffe auch das Gemeinwohlargument des Mittelstandsschutzes nicht zu; einmal gehöre nämlich ein erheblicher Teil der besteuerten Zweigstellenunternehmen selbst dem Mittelstand an, zum anderen sei noch viel weniger einzusehen, daß der Gesetzgeber zur Sicherung des Mittelstandes aus dem Kreis der Großunternehmen lediglich die Zweigstellenunternehmen im Wege einer Zusatzbesteuerung belaste.

In diesen Erwägungen wird ein ganzes Bündel von Gesichtspunkten verfassungsrechtlicher Art sichtbar, die dem Gemeinwohl, so wie es die freiheitlich-soziale Rechtsordnung verstanden wissen will, Konturenschärfe vermittelt. Das sollte deutlich machen, daß das Gemeinwohl, auch als „Begrenzungselement“ grundrechtlicher Freiheiten, nicht zum Vehikel beliebiger Devisen gemacht werden kann und nicht einseitig mit einem, ungewissem Dunkel entspringenden, blinden Etatismus identifizierbar ist.

Schließlich verdient es besonderer Hervorhebung, daß das BVerfG die im Wege des Verhältnismäßigkeitsprinzips gewonnenen Determinanten des Regelungsvorbehalts nicht etwa als Ausfluß und Folge der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG, sondern ganz offenbar als Konsequenz der durch Art. 1 Abs. 3 GG statuierten Bindungskraft der Grundrechte verstanden wissen will. So heißt es schon in E 7, S. 408 – in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Rechtsprechung des BGH und des BVerwG – die Begrenzung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts ergäbe sich bereits unmittelbar aus einer sinnorientierten, sozialbetonten Auslegung der Grundrechte selbst, so daß dahingestellt bleiben könne, „ob aus dem Verbot der Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte sich weitere (gemeint sind offensichtlich „zusätzliche“) Grenzen für den Regelungsgesetzgeber des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ergeben“ (S. 409). Die besondere Akzentuierung dieser Sentenz ist deshalb am Platz, weil sich mit ihr das BVerfG der erst in den letzten Jahren einsetzenden wissenschaftlichen Diskussion um Bedeutung und Tragweite des Art. 19 Abs. 2 GG²² zu entziehen vermochte, ihr zugleich aber recht handfeste Argumente in die Hand gab.

²² Vgl. hierzu neuestens: *Hartmut Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung.

5. Von der „Daseinsvorsorge“ über die „öffentlichen Aufgaben“ und „staatlichen Aufgaben“ zu Art. 33 GG im Sinne berufsgrundrechtlicher Begrenzungsmaximen der sogenannten „staatlich gebundenen Berufe“

Das BVerfG hat, wie schon erwähnt, bei den „klassischen“ Typen staatlich gebundener Berufe, nämlich beim Apothekerberuf (E 7, S. 377), beim Hebammenberuf (E 9, S. 338) oder beim Arztberuf – einschließlich des Kassenarztes (E 11, S. 30; 12, S. 144) – keine spezifischen Grundrechtsbindungen und damit auch keine spezifischen Vorbehaltsschranken entwickelt, die eine grundrechtliche Absonderung der „staatlich gebundenen Berufe“ von den „freien Berufen“ ermöglichen. Im Gegenteil, bekanntlich ist gerade für den Beruf des Apothekers jenes allgemeine Abwägungsprinzip von grundrechtlicher Freiheit und Gemeinwohlgründen entwickelt worden, das für die gesamte Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG Bedeutung erlangt hat. Dies, obwohl, wie bereits betont, in E 7, S. 389 für die „staatlich gebundenen“ Berufe hervorgehoben wird, daß die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG in Anlehnung an Art. 33 GG „tatsächlich“ um so stärker zurückgedrängt werden könne, je näher sie durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den „öffentlichen Dienst“ herangeführt werde. Auch in E 11, S. 30 hat das Gericht indes diesen Faden, in den bereits ein Hinweis auf zu erfüllende „öffentliche Aufgaben“ eingeflochten war (E 7, S. 398), nicht aufgenommen. Im Gegenteil, es wird geradezu umgekehrt, nämlich folgendermaßen argumentiert (S. 40): Die Kassenarzttätigkeit sei kein öffentlicher Dienst, und es könne auch nicht der in E 7, S. 398 entwickelte Grundsatz Geltung beanspruchen, daß dort, wo die staatliche Organisationsgewalt bestimmend sein müsse, sich aus der Sache Einschränkungen der grundrechtlichen Freiheit ergäben. Denn die Einbeziehung des Kassenarztes in ein subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System habe diese Folgewirkung nicht, vielmehr sei auch die kassenärztliche Tätigkeit eine freiberufliche, sie könne nur unter Nachweis gewichtiger Gemeinwohlgründe beschnitten werden. Ganz ähnlich ist das BVerfG in E 9, S. 338 verfahren: Es benutzt auch hier das allgemeine Verhältnismäßigkeitsschema mitsamt seinen Differenzierungen (Höchstaltersgrenzen bei Hebammen sind „subjektive Zulassungsvoraussetzungen“!) und wertet die grundrechtliche Freiheit gegenüber denkbaren Gemeinwohlgründen ab. Indessen macht sich spätestens hier bemerkbar, daß der vom BVerfG verwendete Gemeinwohlbegriff zu vage ist, als daß sich mit seiner Hilfe die gesetzlich statuierte Höchstaltersgrenze der Hebammen im Gegensatz zu anderen Heilberufen hätte aufrechterhalten lassen. So klingt denn unvermittelt der Gedanke an, daß auch bei den Beamtenberufen Altersgrenzen statuiert seien, die deutlich machten, daß Menschen eines gewissen Alters den Anforderungen des betreffenden Berufs im allgemeinen nicht mehr genügten

Eine rechtsdogmatische Studie zu Art 19 Abs. 2 GG, 1967; ähnlich schon *Rupp*, Gutachten zum 46. DJT, Verh. 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 186ff.

(E 9, S. 345). Beiläufig wird schließlich hervorgehoben (S. 347), der Beruf der Hebamme sei dadurch charakterisiert, „daß der Staat die Tätigkeit der Angehörigen dieses Berufs auf Grund seiner Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit bereitstellt, d.h. seine Daseinsvorsorge durch die Angehörigen dieses freien Berufs ausüben läßt“. Gerade in einem solchen Falle – so fährt das BVerfG fort – dürfe der Staat daher Gefahren vorbeugen, die für diejenigen entstehen könnten, die auf diese Daseinsvorsorge angewiesen seien, zumal wenn – wie im Hebammengesetz – eine Art von Benutzungszwang statuiert sei.

Ganz offensichtlich werden hier andere als bloße Gemeinwohlmaßstäbe eingeführt, deren Herkunft irgendwie auf Art. 33 GG hinweist. In der Tat kompensiert das BVerfG intuitiv dieses neuartige Begrenzungselement mit der ebenfalls auf Art. 33 GG hinweisenden Vergünstigung der für Hebammen geltenden Altersversorgung (S. 348). Gleichwohl wird man dem Ergebnis der Entscheidung beipflichten können. Ganz offenbar lag dem Gericht nur daran, die die Höchstaltersgrenze rechtfertigenden, besonders gewichtigen Gemeinwohlgründe durch den Hinweis auf die staatliche Daseinsvorsorge zu bekräftigen. In E 17, S. 232 dagegen findet ein offener Umschlag statt: Hier heißt es, der „öffentlichen Aufgabe“ des Apothekers (S. 239) korrespondiere eine gesteigerte Verantwortlichkeit, die den Gesetzgeber veranlassen könne, zum schlichten Verbot des Betriebs mehrerer Apotheken durch einen Apotheker zu schreiten. Rational nachvollziehen läßt sich dieses Rechtsprechungsergebnis nicht, jedenfalls nicht mehr mit Gemeinwohlgründen, denn sonst sähe das derzeit geltende Kartellrecht wohl anders aus. So tritt denn auch nicht von ungefähr der Begriff des gesetzlichen „Leitbildes“ und der „öffentlichen Aufgaben“ an die Stelle des von E 7, S. 377 geforderten strikten Nachweises eingriffslegitimierender Gemeinwohlgründe, Begriffe also, die, wie die Diskussion um die „öffentliche Aufgabe der Presse“ hinlänglich beweist, mit beliebigen Inhalten versehbar sind und mit denen sowohl bei der Grundrechtsbescheidung, wie bei der Grundrechtsverteidigung hantiert wird. Immerhin verdient festgehalten zu werden, daß auch die Entscheidung E 17, S. 232 nicht von jener „Heranführung an den öffentlichen Dienst“ ausgeht und ihre Argumente nicht aus einer „Anlehnung an Art. 33 GG“ bezieht.

Das ist indessen bei E 16, S. 6 (21 ff.) und E 17, S. 371 (Notarentscheidungen) ausgesprochenermaßen der Fall, wobei zusätzlich eine Argumentation mit öffentlichen bzw. staatlichen Aufgaben erfolgt. Diese Argumentation war ganz offensichtlich dadurch bedingt, daß auch die angegriffene Zementierung des sogenannten Nurnotariats in Rheinland-Pfalz sich in Anbetracht des Anwaltsnotariats in anderen Bundesländern kaum mit plausiblen Gemeinwohlgründen hätte rechtfertigen lassen. So bildet denn auch der Hinweis auf die öffentlichen Aufgaben des Notars eigentlich nur das höchst fragwürdige Eingangstor zu einer ausschließlich an Art. 33 GG orientierten Betrachtungsweise, die in den Satz einmündet (E 16, S. 24), die Entscheidung des Gesetzgebers für eine, auch

sonst im öffentlichen Dienst nicht ungewöhnliche, sachlich vertretbare Inkompatibilitätsvorschrift sei verfassungsmäßig. In E 17, S. 371 wird diese Argumentation, wenn auch mit anderer Akzentuierung, fortgesetzt. Es ging hier um die Verfassungsmäßigkeit des § 4 BNotO, wonach die Zulassung zum Notar, auch zum Anwaltsnotar, von den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege abhängig gemacht wird, und die „Landesjustizverwaltungen“ zu „näheren Bestimmungen“ hierüber, einschließlich einer Bedürfnis- und Wartezeitfestsetzung, ermächtigt werden. Hätte das Gericht hier – im Sinne der geschilderten Rechtsprechung – die solchermäßen bewirkte Beschränkung des Zugangs zum Notarberuf als „objektive Berufswahlregelung“ aufgefaßt, so hätte es zwangsläufig nach jenen, diesen Eingriff zwingend gebietenden, überragenden Gemeinschaftsgütern suchen müssen, wobei mit Sicherheit diese Suche ergebnislos verlaufen wäre; denn die Rechtspflegeaufgaben des Notars unterscheiden sich von denjenigen des Rechtsanwalts (§ 1 BRAO) nicht so gravierend, daß aus Gründen des öffentlichen Wohls nur für jene, nicht für diese eine objektive Zulassungsbeschränkung hätte aufgestellt werden können. So verwendet denn das BVerfG – im Gegensatz zum BGH, der das grundrechtliche Problem mit Hilfe der „Organisationsgewalt“ eher erschlägt als löst²³ – auch hier nicht das sonst angewendete allgemeine Schema, sondern findet über die öffentlich-staatlichen Aufgaben des Notars Eingang in die grundrechtsferne Welt des Art. 33 GG. Wäre dem BVerfG dieser Nachweis der „Staatlichkeit“ der Notaraufgaben gelungen, dann ließe sich an dem gewonnenen Ergebnis nur beanstanden, daß das BVerfG die eigenartige Ermächtigung des § 4 Abs. 2 BNotO nicht wegen Verstoßes gegen Art. 80 Abs. 1 GG und gegen den bereits geschilderten spezifisch grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG für verfassungswidrig hielt. Im übrigen polten sich aber in der Tat staatliche Aufgaben in den Händen Privater um, wenn sie in den Bannkreis individueller und gerade gegen den Staat gerichteter Herrschaftsrechte Privater gerieten. Zur Aufnahme staatlicher Aufgaben stehen nur Kompetenzen und nicht grundrechtliche Freiheiten zur Verfügung, es sei denn, man löst unter der Flagge des Subsidiaritätsprinzips die demokratische Staatsgewalt in einen ständestaatlichen Pluralismus auf, in dessen Anonymität jede individuelle Freiheit Schaden nähme.²⁴ Hier liegt in der Tat das grundrechtliche Problem der mit staatlichen Aufgaben „Beliehenen“ schlechthin, das man sicher leichter löste, wenn man den Betroffenen vollen beamtenrechtlichen status gewährte, statt sie nach Belieben zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 33 GG hin- und herzuschieben. Dagegen sollte eine Staatsfunktion dann in die Hände Privater gegeben werden, wenn sie, auch inhaltlich „privatisierbar“, Gegenstand grundrechtlicher Verfügungsfreiheit sein

²³ Hierzu *meine* Kritik DÖV 1963, S. 678.

²⁴ Vgl. hierzu *Rupp*, Privateigentum an Staatsfunktionen?, Recht und Staat, Heft 278; a. A. *Hans Peters*, Öffentliche Aufgaben und staatliche Aufgaben, Festschrift für Nipperdey, Bd. II, S. 877.

kann. Daß das beim Notar nicht der Fall ist, hat das BVerfG nicht nachgewiesen.²⁵ Doch mag das daran liegen, daß die überkommene Auffassung von den „staatlich gebundenen Berufen“, wie sie im wesentlichen von *Triepel* artikuliert wurde, erst noch einer grundrechtlichen Durchleuchtung harrt.

²⁵ So schon meine Bemerkungen NJW 1965, S. 993.

3. Verfassungsrecht und Kartelle (1968)

I. Einleitung

Bei dem Versuch, das derzeit geltende Kartellrecht grundgesetzlich zu erfassen und am Maßstab des Verfassungsrechts zu messen, gerät der deutsche Verfassungsrechtler in peinliche Verlegenheit. Denn er findet sich alsbald im Strudel grundsätzlicher Kontroversen wieder, beispielsweise um das Problem der „Wirtschaftsverfassung“, der „Drittwirkung der Grundrechte“ oder überhaupt des Verhältnisses des Zivilrechts, einschließlich der Vertragsfreiheit, zum Verfassungsrecht. Die Schwierigkeiten werden vermehrt durch immanente Unsicherheiten der heutigen deutschen Staatsrechtslehre etwa hinsichtlich des Grundrechtsverständnisses, des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts oder der sog. Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG.

So nimmt es nicht wunder, daß heute in den Grundsatzfragen wirtschaftsverfassungsrechtlicher Art weithin skeptische Resignation eingetreten ist. Das gilt auch und in besonderem Maße für das Problem des Verhältnisses von Kartellrecht und Verfassungsrecht. Während vor Inkrafttreten des Kartellgesetzes die deutsche Staatsrechtslehre immerhin die Zulässigkeit eines Kartellverbots aus der Sicht des Verfassungsrechts erörterte¹ und fast einhellig verneinte, ist seitdem die verfassungsrechtliche Diskussion im Bereich der Staatsrechtslehre abgeebbt und zur Domäne anderer Disziplinen geworden. Das mag vielleicht auch daran liegen, daß die deutsche Verfassungsrechtslehre genug mit sich selbst und ihren angestammten Problemen zu tun hatte und das kartellrechtliche Thema nach Inkrafttreten des GWB ausgetragen schien, obwohl schon Dürig² sich zu der resignierenden Feststellung veranlaßt sah, die parlamentarischen Beratungen hätten nicht den Eindruck vermittelt, „als habe man sich über verfassungsrechtliche Fragen viel Sorgen gemacht“. Bei diesem Befund ist die heute in der kartellrechtlichen Kommentarliteratur ganz allgemein anzutreffende Annahme, das Kartellgesetz sei verfassungsmäßig³, nicht unbedingt beweiskräftig.

¹ So insbesondere *Herbert Krüger, Giese, E. R. Huber, Maunz, Dürig*, vgl. die Literaturübersicht bei *Nipperdey*, *Die Grundrechte*, Bd. IV/2, S. 92 Fn. 668.

² NJW 1955, 729.

³ Vgl. die Zusammenfassung bei *Müller-Henneberg-Schwartz*, *Gesetz gegen Wettbe-*

Zu groß sind noch die verfassungsrechtlichen Unsicherheiten, zu schwankend die rechtswissenschaftliche Basis, um auf kartellrechtliche Fragen präzise Antworten aus dem Verfassungsrecht zu gewinnen. Das ist jedoch nicht nur im Kartellrecht, sondern auch in den traditionell im Schatten des Verfassungsrechts liegenden Rechtsgebieten, einschließlich des Straf- und Strafprozeßrechts, der Fall. Der Versuch einer rechtswissenschaftlichen „Aufschlüsselung“ der Verfassung auch für diese Rechtsgebiete ist in Deutschland erst in Ansätzen erkennbar, wobei immer deutlicher wird, daß die Spezialisierung der einzelnen Rechtsdisziplinen und ihr eigener Problemwuchs Grenzen aufrichten, die es fast unmöglich machen, beispielsweise im öffentlichen Recht, im Zivil- oder Strafrecht, ihrer Dogmatik und Methode gleichermaßen zu Hause zu sein. Wer trotzdem einen solchen Versuch wagt, läuft leicht Gefahr, beim Kurs durch fremde Gewässer unversehens aufzulaufen oder zumindest anzuecken.

II. Das verfassungsrechtliche Problem der Begrenzung wirtschaftlicher Macht

Das derzeitige deutsche Kartellrecht dient der Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Absprachen und will damit den Wettbewerb schützen. Trotz seiner unverkennbar öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung, insbesondere hinsichtlich der Kompetenzen der Kartellbehörden, übt daher das Kartellgesetz Regulierungsfunktion im Bereich privatwirtschaftlichen Verhaltens aus und gehört deshalb dem Zivilrecht zu⁴. Das ist aus verfassungsrechtlicher Sicht deshalb von Bedeutung, weil bekanntlich die verfassungsrechtlichen Grundrechte traditionsgemäß lediglich auf das Verhältnis des Einzelnen zum Staat bezogen sind und Freiheitsrechte in diesem Bereich nicht ohne weiteres auf jenes ganz andere Verhältnis von Bürger und Bürger transplantierbar sind. Denn das Verhältnis der staatlichen Gewalt zum einzelnen, von Gemeinwohl zum Individualinteresse ist nicht nur von anderen Polen geprägt und anders strukturiert als das Bürger-Bürger-Verhältnis, vielmehr sind auch Technik und Wirkungsweise staatlicher Machtausübung gänzlich andere als im Bereich des Bürger-Bürger-Verhältnisses. Machtpotenzierung und Freiheitsbedrohung gibt es freilich seit eh und je hier wie dort. In dieser unbestrittenen Prämisse ist der vor allem von Nipperdey begründeten sog. Drittwirkungslehre voll zuzustimmen. Bedenken bestehen nur gegen die Annahme, die Normen des Grundrechtskatalogs seien so sehr allgemeiner Ausdruck der Prinzipien, die in einer gut, gerecht, freiheitlich und sozial geordneten Gesellschaft bestehen müßten, daß ihre Bedeutung

werbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht – Gemeinschaftskommentar –, 2. Aufl. S. 72 ff.

⁴ Vgl. hierzu: *Biedenkopf*, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in *Böhm-Festschrift*, 1965, S. 113 ff.

nicht auf das Verhältnis von Staat und Bürger beschränkt sein könne, sondern allgemein und damit auch für die Rechtsgenossen gelten müsse⁵. Vor allem führt es nicht weiter, wenn ständig betont wird, das Grundgesetz verstehe sich nicht als wertneutrale Ordnung, sondern als objektive Wertordnung⁶. Denn aus der angeblichen Werthöhe der Grundrechte läßt sich noch kein Schluß auf deren absolute Geltungsbreite ziehen. Das Brief- und Postgeheimnis zum Beispiel hat nicht etwa deshalb den Rang einer grundrechtlich verbürgten Freiheit, weil es sich um einen letzten Menschheitswert handelt, sondern schlicht deshalb, weil dem Staat durch seine monopolbedingte Allgegenwart im Bereich des Postwesens Tür und Tor zum Eindringen in die Individualsphäre offenstehen. Das Grundrecht ist daher, ähnlich wie beispielsweise die Zensurfreiheit, spezifisch staatsgerichtet und erhält Bedeutung und Gewicht nur in dieser Relation. Grundrechte sind zwar wie jedes Recht an Wertvorstellungen orientiert und es ist eine längst als Etikettenschwindel entlarvte Annahme des Begriffsrealismus, das Recht sei wertneutral und müsse wertneutral interpretiert werden. Aber abgesehen davon, daß Werte, weil sie als Werte anerkannt werden, noch nicht absolut gelten, ist das Recht nicht identisch mit diesen Werten, sondern macht sie allenfalls transparent, verkörpert also eine Sozialtechnik zur Sicherung von Werten. Rechtliche Freiheitssicherungen müssen sich daher, sollen sie ihre Funktion erfüllen, an der Technik der Freiheitsbedrohungen orientieren: Wirtschaftliche Machtdemonstrationen, beispielsweise durch Boykott, durch Kartellabsprachen, durch Unternehmenskonzentration oder durch Mißbrauch der Vertragsfreiheit folgen eigenen Gesetzmäßigkeiten und sind nicht vergleichbar mit den vom Staat in Legislative, Exekutive oder Judikative ausgehenden klassischen Typen der Machtentfaltung. Deshalb sind auch die Grundrechte kein wirksames Allheilmittel, um jeder Macht, wo immer sie auftritt, Grenzen zu setzen. Im Gegenteil: Eine solche Anwendung verhinderte nur eine sachgerechte Therapie, weil sie den Irrglauben nährte, jedwede Freiheitsbedrohung, auch in der Gesellschaft, sei bereits durch die Grundrechte gebändigt. In der Tat wenden denn auch sämtliche Vertreter der Drittwirkungslehre entgegen ihren Prämissen die staatsgerichteten Grundrechte nicht unbesehen oder gar absolut für das Bürger-Bürger-Verhältnis an, sondern unterschieben ihnen für dieses Verhältnis einen ganz anderen Inhalt und Sinngehalt als in jenem Verhältnis von Staat und Bürger. So wird beispielsweise aus Art. 2 Abs. 1 GG für das Bürger-Bürger-Verhältnis eine spezifische Handlungsfreiheit, einschließlich der Vertragsfreiheit⁷, herausdestilliert und diese im Wettbewerbsrecht dann sogleich mit einem angeblich ranghöheren Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit, der

⁵ Nipperdey-Wiese, Die Grundrechte, IV/2, S. 750.

⁶ Nipperdey, a. a. O., S. 749.

⁷ Kritisch dazu: H. Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verh. d. 46. Deutschen Juristentags, B 1 ff.

ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG gewonnen wird, konfrontiert⁸ – kein Wunder, daß diese Methode keine Aufnahme in die Staatsrechtslehre finden konnte. Denn ganz offenbar sind es inhaltlich irgendwie andere Grundrechte als im Bereich des Staat-Bürger-Verhältnisses, die unter der Flagge der absoluten Geltung der Grundrechte in das Bürger-Bürger-Verhältnis imputiert werden. Woher sie kommen, in welcher Weise und nach welchen Methoden sich die zivilrechtskonforme Aufbereitung der Grundrechte zu vollziehen hat, bleibt um so mehr im Dunkel, als man sich unter dem selbst auferlegten Druck des Art. 1 Abs. 3 GG genötigt sieht, jenen relativierenden Inhaltswandel der Grundrechte nicht nur mit der angeblich absoluten Geltung der Grundrechte in Einklang zu bringen, sondern als lediglich exegetisch ermitteltes Postulat der Verfassung, und nicht als vorgefaßte Meinung auszugeben. Man läuft deshalb Gefahr, aus den Grundrechten herauszulesen, was man vorher in sie hineingelesen hat.

Macht und Machtbegrenzung, Freiheit und Bindung, Gewaltausübung und Gewaltmäßigung sind allemal Grundprobleme einer freiheitlichen Rechtsordnung; Grundprobleme also, die nicht nur im Verhältnis Staat und Bürger auftreten. Auf diese Erkenntnis hat die Freiburger Schule ihr imposantes Gebäude errichtet. Aber es wäre zu einfach, die Lösung dieser Probleme mit Hilfe einer absoluten Geltung der Grundrechte verfassungsdogmatisch zu meistern. Der Ansatzpunkt muß vielmehr ein anderer sein.

III. Grundrechte und Wirtschaftsordnung

Ehmke als einer der entschiedensten Gegner der Drittwirkungslehre und der Böhm-Eucken-Nipperdey'schen Interpretation der „Wirtschaftsverfassung“ hat darauf hingewiesen, daß die Umrüstung der Grundrechte zur Zementierung der „sozialen Marktwirtschaft“ verfassungsrechtlich schon deshalb nicht überzeugen könne, weil sich unter Bezugnahme beispielsweise auf Schumpeter, Galbraith oder Finer aus dem Grundgesetz mindestens ebensogut gemeinwirtschaftliche Konzeptionen nach folgendem Rezept herauspräparieren ließen: Da in dem Abhängigkeitszusammenhang der industriellen Massengesellschaft die Voraussetzungen für die „Entfaltungsfreiheit“ des einzelnen in der Regel erst durch positive staatliche Maßnahmen geschaffen werden müßten, sei in dem Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und sozialer Bindung von der sozialen Bindung auszugehen. Die Menschenwürde – so lasse sich argumentieren – verbiete geradezu, den Menschen dem Automatismus einer Marktwirtschaft auszuliefern, die schließlich Bedürfnisse produzieren müsse, um sich am Leben zu erhalten und die zu einer Zeit, in der Schulen, wissenschaftliche Institute und

⁸ Nipperdey-Wiese, a. a. O., S. 903.

Krankenhäuser fehlten, riesige wirtschaftliche Kräfte in die Produktion etwa von Kaugummi oder Kosmetika stecke und die schließlich durch ihren ständigen Appell an einen krassen materialistischen Individualismus den für eine gesunde Demokratie erforderlichen staatsbürgerlichen Gemeinsinn untergrabe⁹. In der Tat ließe sich mit einer solchen, der Nipperdey'schen Methode ebenbürtigen Argumentation ein genau Gegenteiliges Ergebnis erzielen und mit dem Charisma verfassungsrechtlichen Glanzes umkleiden. Indessen läßt der Angriff Ehmkes nicht deutlich erkennen, ob und in welcher Weise er überhaupt die Verfassungsordnung auf den Bereich der Wirtschaft einwirken lassen will. Einerseits wird zwar anerkannt, daß die politische Grundordnung auch der Gestaltung der Wirtschaftsordnung gewisse Grenzen setze und ein Wirtschaftsmodell als ausgeschlossen gelten könne, welches die Freiburger Schule „Zentralverwaltungswirtschaft“ nenne. Andererseits lehnt es Ehmke rundweg ab, im Grundgesetz außer einer politischen Ordnung eine gesonderte „Gesellschafts- und Wirtschaftsverfassung“ zu sehen, da ein solcher Gedanke „mit einer materialen Theorie des demokratischen Verfassungsstaates unvereinbar“ sei¹⁰. Für Ehmke ist der alte Dualismus von Staat und Gesellschaft in der Demokratie des Grundgesetzes offenbar aufgelöst. Er wirft den Verfechtern bestimmter Marktmodelle einseitiges Denken „von der Gesellschaft her“ vor, weil sie die Wirtschaftsverfassung als ein statisches System von Grundrechten und Grundrechtseinschränkungen entwickelten, anstatt nach den politisch-dynamischen Kompetenzzuweisungen des zur permanenten Ordnung der Wirtschaft berufenen Gesetzgebers zu fragen. Das politisch-demokratische Gemeinwesen sei *ein* menschlicher Verband. Wenn man davon spreche, der Staat interveniere in die Wirtschaft – als Herzstück der modernen Gesellschaft – so könne dies nur bedeuten, daß „wir, die wir alle sowohl dem ‚Staat‘ wie der ‚Gesellschaft‘ angehören, dabei offenbar in uns selbst intervenieren“¹¹. In diesen Thesen wird freilich ein Ansatz sichtbar, der gegenüber dem Dualismusdenken ein anderes Extrem erreicht. Gewiß hat sich die „Gesellschaft“ des vorigen Jahrhunderts in Reaktion auf den wohlfahrtspolizeilichen Eudämonismus als autonom und als Entgegensetzung zum monarchischen Staat verstanden, der nicht der ihre war. Ebenso unbestritten kann heute gelten, daß sich der Liberalismus des vorigen Jahrhunderts auf deutschem Boden darin erschöpfte, die bürgerlichen Freiheiten gegenüber dem Staat rundum abzusichern, während es mit den politischen Freiheiten um so schlechter stand. Es entwickelte sich jenes für die deutsche Verfassungstradition und Verfassungsgeschichte typische Mißverständnis der Freiheitslehre, unter Verzicht auf politische Selbstbestimmung und Mündigkeit

⁹ Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 19/20; vgl. zum ganzen insbesondere auch Zacher, *Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung*, in *Böhm-Festschrift*, 1965, S. 63 ff.; Mestmäcker, *DÖV* 1964, S. 606 ff.

¹⁰ A. a. O., S. 24.

¹¹ *Wirtschaft und Verfassung*, S. 5.

sich mit der bürgerlichen Freiheit, insbesondere des Eigentums, zu begnügen und sich in der Beteuerung von dessen Heiligkeit als eines „absoluten Rechts“ zu erschöpfen. Entgegen dem in den großen Revolutionen des Westens erzielten politischen Freiheitsverständnis führte die Radikalisierung des Naturrechts in Deutschland zu einer eigentümlichen Umbiegung der politischen Freiheitslehre des Westens im Sinne einer staatsfreien Sphäre des Individuums, während im Bereich der Staatsauffassung sich eine ebenso unpolitische Staatsvergottung breit machte¹². „So wachsen die Grundrechte in Deutschland im 19. Jahrhundert unter der Decke eines formalrechtsstaatlich fortgebildeten Obrigkeitsstaates empor, ohne daß sie – im Sinne der angelsächsischen rule of law – die Mitregierung und Mitbestimmung des Bürgers, die Teilnahme am Staat einschließen“¹³. Auf solchem verfassungshistorischen Boden entstehen gar zu leicht erneute Einseitigkeiten und Mißverständnisse: Zu plausibel ist der Schluß, daß in derjenigen logischen Sekunde, in welcher die Gesellschaft die Staatsgewalt zur vollen Gänze okkupiert habe und die demokratische Identität der Herrschenden und der Beherrschten hergestellt sei, die alten bürgerlichen Freiheitsrechte der Regierten gegen die Regierenden ihre Bedeutung verloren hätten und an ihre Stelle die freie politische Selbstbestimmung einer politisch mündig gewordenen Gesellschaft über Wohl und Wehe ihrer selbst getreten sei. Diese Vorstellung scheint heute viele Gemüter zu faszinieren, wobei man sich durchaus auf Rousseau berufen kann. Die Freiheit des Bürgers erschöpft sich solchermaßen darin, unter dem selbst gegebenen Gesetz zu leben, individuelle Freiheitsverbürgerungen erscheinen als spezifische Antiquität deutscher Verfassungsgeschichte, die demokratische „Führung“ oder das Parlament sind als solche Garantie genug, daß allen ihr Recht werde. Hand in Hand mit dieser Vorstellung geht häufig eine Überbetonung der „politischen Führung“ im Bereich vor allem der Wirtschaftsordnung oder die These, die Verfassung sei dem politischen Willen der Gemeinschaft aufgegeben, aber nicht vorgegeben. Wenn außerdem postuliert wird¹⁴, die politische Entscheidung des Gesetzgebers, aber auch anderer demokratischer Staatsorgane, sei nicht etwa aus einer „legalistischen Ableitung aus der Verfassung“, sondern ausschließlich aus der demokratischen *Legitimität* ableitbar, so erfährt nicht nur die alte Problematik von Legalität und Legitimität eine problematische Neuauflage, sondern die Verfassung geht in der Euphorie freigesetzter demokratischer Legitimität unter, allenfalls wird sie als unbequemer Hemmschuh empfunden. In dieser Hinsicht ist man wieder unversehens zum Verfassungs- und Rechtsverständnis des viel geschmähten vorigen Jahrhunderts zurückgekehrt; denn auch damals wurde die

¹² Vgl. hierzu statt vieler: H. Maier, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Recht und Staat, Heft 321, S. 16 ff.

¹³ H. Maier, Rechtsstaat und Grundrechte im Wandel des modernen Freiheitsverständnisses, Das Parlament, Heft 29/66, S. 11 ff. (13).

¹⁴ So beispielsweise Badura, AÖR 92 (1967), S. 382 ff. (386, 391).

Verfassung und das von einem konstitutionellen Gesetzgeber dem monarchischen Regiment aufgezwungene Gesetz nicht etwa als Quelle, sondern nur als *Begrenzung* legitimer Staatsgewalt verstanden. Der Legitimitätsgrund hieß damals nur monarchisches und nicht demokratisches Prinzip und sollte die „Eigenständigkeit“ und Originalität der in den Konstitutionalismus hinübergeretteten monarchischen Regierung gegenüber den zaghaften demokratisch-konstitutionellen „Begrenzungen“ betonen. Demokratische Legitimität läßt sich dagegen niemals gegen demokratische Legalität ausspielen, denn bekanntlich ist diese gerade die Erscheinungsform jener. Das Grundgesetz will sich nicht als bloße Bremse am Motor extrakonstitutioneller Legitimität verstanden wissen, sondern als Ursprung und Quelle der *pouvoir constitué*. Der heute in Anbetracht der vergangenen Jahre verständliche Ruf nach politischer Führung und nach gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Vorausplanung darf daher nicht dazu führen, daß die Frage nach der verfassungsrechtlichen Legalität in der Euphorie der Pläne und Perspektiven in Vergessenheit gerät.

Deshalb ist mit Nachdruck die mehr oder weniger offen ausgesprochene Vorstellung zurückzuweisen, mit der politischen Mündigkeit und Selbstbestimmung des einzelnen und der Okkupation aller Staatsgewalt durch das Volk seien die bürgerlichen Grundfreiheiten als Entgegensetzungen zum Staat und als Erscheinungsform des das vorige Jahrhundert bewegenden Dualismus von Staat und Gesellschaft hinfällig geworden.

Sicher mag richtig sein, daß das einseitige „Denken von der Gesellschaft her“ in Deutschland die Gesellschaft zu einer kläglichen Krämer- und Besitzbürgergesellschaft werden ließ, die, statt ihren politischen Freiheits- und Selbstbestimmungsanspruch durchzusetzen, nichts anderes im Auge hatte, als Eigentum und Vermögen ungestört zu wahren und zu mehren. Doch ist es andererseits ein ebensolches Mißverständnis der auf deutschem Boden ungewohnten freiheitlichen Demokratie anzunehmen, die alten bürgerlichen Freiheiten seien in derselben logischen Sekunde obsolet geworden, in welcher der einzelne vom Untertan zum Mitinhaber der Staatsgewalt aufgestiegen sei. Eine solche Vorstellung mag zwar sozialistischem Grundrechts- und Demokratieverständnis mitsamt seiner antiliberalen Affekte gemäß sein, am Verständnis der freiheitlichen Demokratie westlicher Prägung führt sie geradewegs vorbei. An ihrer Wiege haben weder Hobbes noch Rousseau gestanden, sondern John Locke, und es sollte immerhin zu denken geben, daß bürgerliche Grundrechte zum erstenmal in eine *demokratische* Verfassungsordnung Aufnahme fanden und ihr das Charakteristikum der Freiheitlichkeit gaben. Bürgerliche und politisch-demokratische Freiheit sind keine Gegensätze, schließen sich nicht aus, sondern sind beide ein unverzichtbares Element einer freiheitlichen Demokratie. Die Gegensätze, an der die deutsche Verfassungsrechtslehre noch heute krankt, sind allein eine Errungenschaft deutscher Verfassungs- und Grundrechtsgeschichte und man sollte sich nicht von ihr das Gesetz des Denkens und Argumentierens aufnöti-

gen lassen. Der Mensch ist nicht nur homo politicus, sondern auch homo oeconomicus. Freiheit, soll sie verwirklicht werden, muß sich daher auch auf den ökonomischen Bereich erstrecken. Freiheitliche Demokratie bedeutet eben gerade nicht, daß der einzelne mit seiner Inkorporierung in die *volonté générale* seiner Individualität verlustigt geht, Individualinteressen und Gemeinschaftsinteressen der Mehrheit lassen sich auch in einer Demokratie nicht im Sinne einer arithmetischen Summierung saldieren.

Bevor man also daran geht, das Verhältnis von Verfassung und Wirtschaftsordnung ins Visier zu nehmen, sollte man sich zunächst über das Verständnis der freiheitlichen Demokratie und über die in ihr den Grundrechten zukommende Rolle im Klaren sein: Eine Verfassung, die keine Grundrechte anerkennt, mag demokratisch genannt werden, freiheitlich ist sie nicht.

IV. Freiheitliche Demokratie und Wirtschaftsordnung

Die freiheitliche Demokratie ist – um mit Ridder¹⁵ zu sprechen – nicht nur *Staatsform*, sondern politischer Lebensstil, in welchen nicht nur das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, sondern auch rein gesellschaftliche Strukturelemente eingebunden sind. Es ist ein illusionärer, durch antilibérale Affekte genährter Traum, anzunehmen, in einer freiheitlichen Demokratie seien Staat und Gesellschaft, Bürger und Staatsgewalt identisch und der Staat sei zur bloßen Funktion der Gesellschaft geworden. „Es ist vielmehr ein Verhältnis der Zuordnung, der gegenseitigen Annäherung, Beeinflussung und Durchdringung bei gleichwohl jederzeitiger klarer Unterscheidbarkeit, die durch die Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht indiziert wird. In der freiheitlichen Demokratie umgibt die freie politische Gesellschaft die nach dem staatlichen Demokratiegebot zur Öffentlichkeit ihrer Tätigkeit verpflichteten staatlichen Organe, um in einem permanenten Prozeß der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung als freiheitsverbürgendes Korrektiv staatlicher Machtausübung zu wirken“¹⁶. „Die Einsaugung des Staates durch die Gesellschaft ist genauso wie der umgekehrte Vorgang freiheitsgefährdend und totalitär“¹⁷. Freiheitliche Demokratie kann sich deshalb nicht auf das Verhältnis Staat und Gesellschaft beschränken, sondern muß sich auch im gesellschaftlichen Bereich und im Spannungsfeld der dort auftretenden freiheitsgefährdenden Machtmonopolismen verwirklichen. Die Frage ist nur, welche normativen Aussagen zur Bewältigung dieses Problems aus der Verfassung gewonnen werden können, wenn man die „Drittwirkung“ der grundrechtlichen Freiheitsrechte kraft Wertabsolutität als indiskutabel ablehnt.

¹⁵ Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960, S. 13 ff.

¹⁶ Ridder, a. a. O., S. 14.

¹⁷ Ridder, a. a. O., S. 15.

Zu diesem Zentralproblem ist folgendes zu sagen: Schon Ridder hat bemerkt¹⁸, daß die Staatszielbestimmung des Art. 20 Abs. 1 GG darauf verzichtet hat, die *Freiheitlichkeit* des demokratischen Staatswesens besonders hervorzuheben. Indessen: Das Schweigen des Grundgesetzes ist beredt genug: Freiheitlichkeit ist nicht verwirklichtbar durch pathetische Proklamierungen, sondern manifestiert sich in einem kunstvollen normativen System von Balancen, zu denen in erster Linie, aber nicht nur, die Grundrechtsverbürgerungen gehören. Gewaltenteilung, Föderalismus, Gesetzmäßigkeit staatlichen Verwaltens oder die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sind als Emanationen der Freiheitlichkeit, wie sie das Grundgesetz versteht, ebenso bedeutsam. Das juristische Ärgernis der hergebrachten deutschen Rechtsdogmatik liegt nur darin, daß sich dieses subtile normative Balancesystem für den Bereich der „privatisierenden Gesellschaft“ weder kopieren, noch gar mit Hilfe einer „absoluten Geltung“ der gegen staatliche Machtapparaturen gerichteten Grundrechte effektuieren läßt. Indessen würde man sich statt hochherziger Bekenntnisse manchmal mehr dogmatische Sorgfalt bei der Frage wünschen, inwieweit nicht vielleicht doch aus verfassungsrechtlichen Freiheitsverbürgerungen sich unmittelbare Antworten für den gesellschaftlichen-privatwirtschaftlichen Bereich ergeben. Insoweit ist zunächst unbestritten, daß das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur an die Adresse des Staates gerichtet ist, sondern sich als unmittelbare privatrechtliche Vorschrift mit Verfassungsrang versteht: Die bei Art. 9 Abs. 3 letzter Satz GG benutzte Regelungstypik: „Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig ...“ spricht jedenfalls eindeutig das Privatrecht an, enthält also, wenn man so sagen will, den gesuchten Transformator, um dem Grundrecht zivilrechtskonforme Konturen zu geben, ohne freilich volle privatrechtliche Systemkonformität zu erreichen. Die anderen Grundrechte enthalten nicht einmal diese Hinweise und vergrößern damit das dogmatische Dilemma. Immerhin besitzt beispielsweise die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG besondere privatrechtliche Affinität, sie war denn auch in der Weimarer Reichsverfassung durch Art. 118 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich gegenüber Privaten geschützt. Indessen ist es mangels gesetzlicher Transformatoren ungemein schwierig, solche und andere Freiheitsverbürgerungen im Wege der hergebrachten Interpretationsverfahren systemkonform in das Gewebe des Privatrechts und in das überkommene zivilistische Anspruchssystem fugenlos einzugliedern. Zu groß ist die Gefahr – das zeigt sich beispielsweise besonders bei dem gängigen Versuch einer zivilrechtlichen Umformung des Art. 1 GG zu einem absoluten „Persönlichkeitsrecht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 – spekulativer Ausbrüche, zumal wenn sie in einer eigenartigen Renaissance naturrechtlicher Betrachtungsweisen dem Richter die Rolle des Gesetzgebers zuweisen. Um mit Flume¹⁹ zu reden: Der

¹⁸ A. a. O., S. 12 ff.

¹⁹ Richter und Gesetz, Verh. des 46. deutschen Juristentages, B 25.

Richter hat das Recht zu finden und nicht zu erfinden. Das beispielsweise von Esser aus dem amerikanischen Rechtsdenken als absolute Unumstößlichkeit in das deutsche Rechtsdenken eingebrachte Postulat einer volitiven Rechtsgestaltung durch den Richter krankt, worauf jüngst Vogel mit aller Entschiedenheit hingewiesen hat²⁰, an dem grundsätzlichen Mißverständnis, daß bei der Frage des Verhältnisses von Rechtsprechung und Rechtssetzung zunächst die nationale Verfassung befragt werden muß und deshalb die Bindung des kontinental-europäischen Richters an das demokratische Gesetz bzw. die des englischen Richters an die parlamentsbeschlossenen Statutes nicht schlicht als Relikt des Absolutismus oder als „Autosuggestion“ des europäischen Richters abgetan werden kann, wie denn auch der erkenntnistheoretische *Befund* vom „Schöpferischen“ jeder Individualerkenntnis dem Richter noch lange keine rechtliche *Legitimation* gibt, aus der Tiefe des eigenen Gemüts zu schöpfen.

Man würde daher in aller Regel jede Rechtsmethode sprengen und das Gebiet bloßer Spekulationen betreten, wollte man aus dem Bestand freiheitssichernder Instrumentarien der Verfassung konturenscharfe und unmittelbar im Bereich der Privaten untereinander anwendbare subjektive Rechte und Pflichten herauspräparieren. Es bedarf vielmehr des Mediums der Zivilgesetzgebung, um einer freiheitlichen Ordnung in der Gesellschaft Gestalt und Inhalt zu geben. Immerhin handelt es sich dabei um *verfassungsrechtliche* Aufträge an den Zivilgesetzgeber, über deren Ob und Wie ihm kein freies Belieben zusteht. Gerade in dieser Hinsicht hat die Kontroverse um die Drittwirkungslehre weitgehend zur Vernachlässigung der diffizilen Wirkungsstruktur der Grundrechte im Bereich der Privatrechtsordnung insofern geführt, als ja auch der staatliche Zivilgesetzgeber und der staatliche Zivilrichter Träger öffentlicher Gewalt sind und deshalb gar zu leicht der Eindruck entstehen könnte, als bedürfe die Geltung der Grundrechte ihnen gegenüber und das durch sie bewirkte Eindringen der Grundrechte in das Privatrecht überhaupt keiner Begründung. Die eigenartige und in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung zur Frage der rassenmäßigen Bindung im Grundstücksverkehr gezogene Folge²¹ wäre die, daß zwar die Privaten untereinander grundrechts~~ungebunden~~ wären, das Zivilgericht aber gleichwohl Rechtsschutz nur nach Maßgabe seiner Grundrechts~~gebundenheit~~ gewähren könnte. Hier klafft nicht nur ein methodischer, sondern ein sachlicher Bruch. Übertrüge man nämlich diese Vorstellung auf den Zivilgesetzgeber, so ließe sich die Zivilgesetzgebung als Relais hoheitlicher Gewalt verstehen, über welches die gegen alle staatliche Gewalt gerichteten Grundrechte ungehindert Eingang in den Bereich des Zivilrechts finden müßten. Doch gerade diese

²⁰ Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S. 359 ff.; vgl. hierzu auch Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 184 ff.; Hirsch, Juristische Rundschau 1966, S. 334 ff.

²¹ Hierzu E. Fraenkel, JÖR NF Bd. II (1953), S. 33 ff. (63/64); Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 82, 647 ff.

Vorstellung ist viel zu grob und läßt die eigentliche Bedeutung der Grundrechtsverbürgerungen im Bereich der Privatrechtsordnung verkümmern: Denn so gewiß dem einzelnen auch im Zivilgesetzgeber und im Zivilrichter hoheitliche Gewalt entgegentritt, so sicher ist andererseits, daß zwischen hoheitlicher Funktion und hoheitlicher Funktion unterschieden werden muß: Im Gegensatz zum Verwaltungsgesetz ordnet das Zivilgesetz nicht das Recht zwischen einzelem und hoheitlicher Gewalt, sondern dasjenige zwischen den Rechtsgenossen untereinander. In dieser Hinsicht kann es bei dem privatrechtlichen Regelungsauftrag des Zivilgesetzgebers nur auf die *dieses* Verhältnis beherrschenden etwaigen grundrechtlichen Maximen ankommen; die Frage nach der Grundrechtsgeltung im Privatrecht wird also nicht gelöst, sondern nur aus anderer Sicht neu gestellt. Nur dann, wenn, wie beispielsweise bei Art. 103 Abs. 1 GG – „rechtliches Gehör“ –, sich eine grundrechtliche Verbürgung unmittelbar auf die zivilrichterliche Rechtsprechungsverwirklichung, also auf das „Prozeßrechtsverhältnis“, bezieht, tritt – wie die Verfassungsrechtsprechung hinlänglich beweist – eine unmittelbar einlösbare verfassungsrechtliche Pflichtbindung des Richters ein, die verfahrensrechtlich den Rechtsfindungsprozeß beherrscht und damit auch dem Rechtssuchenden zugutekommt²².

Es wird somit deutlich, daß die Hoheitlichkeit der Kompetenz des Zivilgesetzgebers keine Brücke zum Transport unmittelbarer Grundrechtsgeltung ins Privatrecht ist, sondern der Aufgabe dient, die für das Staat-Bürger-Verhältnis grundrechtlich prästabilisierte Freiheitsbalance auch in der Welt und Systematik des Zivilrechts den dort gebotenen Ausdruck finden zu lassen. Insoweit sind in der Tat die zivilrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen der Verfassung nicht nur bloße Zuständigkeitszuweisungen, sondern enthalten verfassungsrangige Verpflichtungen, jene Aufgaben und Aufträge zu erfüllen. Aus solcher Sicht entdeckt man unversehens, daß nicht nur Art. 9 Abs. 3 GG oder Art. 5 GG privatrechtsprägende Bedeutung besitzen, sondern auch eine ganze Reihe anderer Grundrechtsnormen ganz offensichtlich das Privatrecht ansprechen, den Zivilgesetzgeber mobilisieren und ihm grundrechtliche Leitlinien auf den Weg geben. An wen beispielsweise der grundrechtliche Gestaltungsauftrag des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG oder derjenige des Art. 14 Abs. 2 GG, Inhalt und Schranken des Eigentums sozialgerecht zu bestimmen, gerichtet ist, bedarf ebensowenig längerer Ausführungen wie die Zielrichtung des in Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 5 GG enthaltenen Gesetzgebungsauftrag. Ebenso ist eindeutig, daß etwa der berufsgrundrechtliche Regelungsauftrag des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur an die Adresse des Verwaltungsgesetzgebers, sondern auch an diejenige des Zivilgesetzgebers gerichtet ist und ihn verpflichtet, auch im Bereich und mit den Mitteln des Privatrechts eine freiheitliche Ordnung des Berufs- und Gewerbelebens

²² Zu diesem Problem: *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 375/376; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 236, Fn. 421, S. 243, Fn. 436.

zu verwirklichen. Diese mittelbare Art verfassungsrechtlicher Eingebundenheit der Privatrechtsordnung ist nur für denjenigen ohne Sinn und Wert, der – im Sinne der hergebrachten Zivilrechtsdogmatik – sich allein am subjektiven Recht orientiert und alles Recht danach mißt, ob es als handliche Münze unmittelbar eingelöst und eingeklagt werden kann. Wer außerdem der hergebrachten Rechtslehre folgt und sich eine Rechtspflicht nur als Reflex eines subjektiven Rechts vorstellen kann²³, wird einige Mühe haben, sich eine solche Bindung überhaupt vorzustellen. Indessen hat schon Somló²⁴ erkannt, es könne zwar „niemals einen Anspruch ohne Pflicht, wohl aber Pflichten ohne Anspruch geben“; schon Robert Piloty²⁵ führte aus: „Hält man einmal bei dem Gedanken an, daß ... der Akzent auf der Pflicht ruhe und das Recht nur der Reflex der Pflicht sei und überträgt man diese Umkehrung ... auf die ganze Rechtsordnung und das ganze Rechtssystem, so gewinnt man eine völlig andere Grundanschauung der Dinge. Es ist eine völlige Neuorientierung, ... ähnlich derjenigen, welche nach Kopernikus eintrat, als erkannt war, daß nicht die Sonne um die Erde, sondern diese um jene kreise“. Um nicht mißverstanden zu werden: Diese Einsicht ist rechtstheoretischer Art und besagt nicht, daß das subjektive Recht zu Gunsten bloßer Pflichten verkümmere und rechtspraktisch die Pflicht immer vor dem subjektiven Recht rangiere. Sie drückt vielmehr nur den in Deutschland unter dem Einfluß des Naturrechts abhandengekommenen Nexus nicht nur zwischen subjektivem Recht und subjektiver Pflicht, sondern auch denjenigen zwischen subjektivem und objektivem Recht aus. Denn alles Recht will sich verstanden wissen nicht als Mosaik vom Himmel gefallener subjektiver Rechte, sondern primär als objektive soziale Ordnung, als „abstraktes“ System gesollter sozialer Wirklichkeit, als „institutionalisierter“ normativer Ordnungszusammenhang. Schon seit langem ist denn auch in der deutschen Verfassungsrechtslehre anerkannt, daß die Grundrechte sich nicht in ihrem subjektiv-rechtlichen Gehalt erschöpfen, sondern ihre Verbürgerungen zum Bestand der objektiven Verfassungsordnung gehören, Bausteine im Gefüge des objektiven Verfassungsrechts sind, die Verfassung selbst entscheidend mitprägen, und gerade diese „institutionelle“ Seite der Grundrechte, ohne Rücksicht auf ihre etwaige subjektive Inanspruchnahme durch die Betroffenen, von der vielumstrittenen Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG abgesichert ist. Ausgesprochene Institutsgarantien enthalten nach herrschender Meinung sowohl Art. 14 Abs. 1 – Eigentum und Erbrecht – als auch Art. 6 Abs. 1 GG – Ehe und Familie –. Dieses Denken ist inzwischen auch in der Zivilrechtslehre heimisch geworden²⁶. Auch hier wird erkannt, daß die Zivilrechtsordnung nicht ein Bün-

²³ Zu diesem Problem *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 162 ff.; 224 ff.

²⁴ *Somló*, Juristische Grundlehre, 2. Aufl., S. 444 ff., 451.

²⁵ Verwaltungsrechtliche Gedanken, in: Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 98/99.

²⁶ Vgl. statt vieler: *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Sum-